

商业无边界

反垄断法的经济学革命

薛兆丰 著

Commerce without Frontiers
The Economics Revolution
in Antitrust

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

<http://iask.sina.com.cn/u/1644200877> 此处有大量书籍免费下载！

仅供个人阅读研究所用，不得用于商业或其他非法目的。切勿在他处转发！

水隐醉月



商业无边界

反垄断法的经济学革命

薛兆丰 著

Commerce without Frontiers
The Economics Revolution
in Antitrust

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商业无边界:反垄断法的经济学革命/薛兆丰著. —北京:法律出版社,2008. 10

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8782 - 2

I. 商… II. 薛… III. 反托拉斯法—研究 IV. D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 139862 号
© 法律出版社·中国

商业无边界:
反垄断法的经济学革命
薛兆丰 / 著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 陈 斌 韩满春
责任编辑 韩满春
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 永恒印刷有限公司
责任印制 沙 磊

开本 A5
印张 7
字数 130
版本 2008 年 11 月第 1 版
印次 2008 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010 - 62534456

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

第一法律书店/010 - 63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8782 - 2 定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

序言	1
Foreword by Henry G. Manne	4
第一部分:经济学基础	7
第一章 反垄断问题的深湛和困难	9
第二章 永远从租的角度看垄断	18
第三章 反垄断究竟要反什么	27
第二部分:包罗性企业行为	39
第四章 大的也可以是美的	41
第五章 把握商机就是企图垄断	49
第六章 勾结定价如何可能	57
第七章 似乎有勾结	64
第八章 为什么给零售价设下限	73
第九章 企业合并:被误信的危害	79
第十章 企业合并:被忽视的功能	86
第十一章 企业无边界	91

第三部分：排他性企业行为	95
第十二章 五花八门的进入障碍	97
第十三章 网络效应与路径依赖	102
第十四章 低价如何伤人	108
第十五章 捆绑销售能撬动垄断吗？	115
第四部分：知识产权问题	121
第十六章 知识产权与反垄断	123
第十七章 欧盟为什么要严惩微软	129
第十八章 欧盟的罚单谁付账	134
第五部分：寻租行为	141
第十九章 寻租有别于逐利	143
第二十章 反垄断的弗吉尼亚观点	148
第二十一章 法与经济学的缘起	153
第二十二章 反垄断法拓宽寻租之门	159
第六部分：司法改革	175
第二十三章 反垄断如何利用经济学	177
后记	207
参考文献	209

序 言

亨利·曼尼*

薛兆丰博士的这本书对中国经济具有重大的价值。简单地说,它指出了美式(更大程度上是欧式)反垄断法的种种圈套和谬误,而许多国家正在生搬硬套这种反垄断法。只要读完这本著作,你就会奇怪在经济科学当道的年代竟然还有如此错漏百出的东西,而且还会惊叹其他国家竟然还会对这趟浑水趋之若鹜。

兆丰的第一项工作,就是阐释为什么一系列的现象——诸如企业扩大规模、锁定转售价格、企业纵向整合、低于成本定价、价格歧视和多种类型的合并——其实都是促进竞争和有益经济的行为。不幸的是,用来解释这些好处的这些强有力的经济逻辑,以前并不总是被人理解。美国的反垄断法始于 1890 年,但兆丰所介绍的这些令人折服的解释,许多是到了 20 世纪后半叶才逐渐在经济学研究中成形的;而尽管美国的法院在过去这些年里已经开始重塑反垄断法,以求体现这些新知识,但其他国家的法院和管制者却似乎要让智力的时钟定格在 1950 年附近,而那恰恰是反垄断思维荒诞不经的高峰期。

所以尽管这几十年来,通过竞争性的市场来追求社会福利最大化的思想,已经渗透到政治和经济思辨的每个角落,但与时代

格格不入的反垄断思维，却恰恰在那些声称要发挥市场经济的最大效用的国家里大行其道。兆丰在解释这一现象时，最大限度地运用了对经济问题进行跨学科研究的成果。

这个现象的第一个根源，也是经常被低估的根源，就是经济学无知。政策制定者（以及他们的拥趸）根本就不知道自己在干什么。否则，他们就应该更钟情于 1950 年代后的反垄断司法实践，而不是 1950 年代前的理论。为了细述经济学新知的重要性，兆丰详细介绍了在美国法学院以“法与经济学”驰名的学术运动的演变历程。那是一场意义深远的学术进步。这个领域的研究不仅影响了法学教授和经济学家，而且还对美国联邦法庭的法官产生了深刻的影响，而大部分的反垄断实践就是在联邦法庭里进行的。对政策制定者进行教育的活动，其重要性怎么强调也不过分，因为如果缺少了这些新知，反垄断的图景里就不可能出现深刻的改进。

但是，用“无知”来进行解释，存在一个重大的缺陷，即它无法解释政客和管制者为什么恰恰在这个问题上而不是别的问题上犯傻。于是，兆丰闯入了一个在反垄断学术圈内罕有人谈及的领域，而这个领域对解释反垄断世界里的许多现象是至关重要的，那就是公共选择理论的领域。这个领域的主题，即“对政治行为作经济学分析”，本身就属于新近的研究成果，虽然它的框架已经越来越形式化和趋于完整了。现在，通过运用经济分析工具，深化对现代美国反垄断的理解，我们才开始明白政客和管制者的个人利益如何符合逻辑地（尽管这对社会是不利的）驱使他们倾向于老式的反垄断政策。

这本书将掀掉读者头上的蒙眼布,把错误最初是怎么产生的,以及它们为什么至今还挥之不去解释得一清二楚。任何一个走完这个思想历程的人,都会深深地怀疑反垄断法究竟对社会有什么好处。但是,即使政策制定者出于其自身的原因执迷不悟和一意孤行,我们也至少知道该如何缓解其决策的恶劣效果了。

* 注:亨利·曼尼(Henry G. Manne)是美国“法与经济学”领域的创始人之一。他在1965年提出的“公司控制权市场理论”(the theory of a market of corporate control)开创了公司法的经济学研究,在1966年出版的《内部交易与股票市场》(*Insider Trading and the Stock Market*)至今仍是美国证券交易业内的讨论热点。曼尼于1952年在芝加哥大学取得法学博士(J. D.)学位。他创建的首个“法与经济学中心”(现位于乔治·梅森大学校内)曾经向大量法学教授和联邦法官提供过经济学分析的训练。曼尼现在是梅森大学法学院的荣休院长。

Foreword by Henry G. Manne

Dr. Zhaofeng Xue has written a book of enormous value to the Chinese economy. It is, in a word, a guidebook to the many traps and fallacies of American-style (and, even more, European-style) antitrust law that is being adopted willy-nilly in many countries. One cannot read or peruse this monograph without becoming completely puzzled about how such a plethora of errors could exist in this era of scientific economics and startled by the attractiveness of this muddle for other countries.

Dr. Xue's first task then is to demonstrate why such phenomena as large-scale firms, resale price maintenance, vertical integration, below-cost pricing, price discrimination and many kinds of mergers are pro-competitive, economically beneficial practices. The strong economic logic which now explains these benefits was not, however, always understood. American antitrust laws date from 1890, while many of the convincing explanations Dr. Xue offers were not developed in the economics literature until the second-half of the 20th Century. And while American courts have for some years now reshaped antitrust law to reflect this newer understanding, other nations' courts and regulators seem to want to stop the intellectual clock at about 1950, the highpoint of fallacious antitrust reasoning.

So even though the idea of competitive markets as maximizing social welfare has made significant inroads on political and economic thinking everywhere in recent decades, anachronistic antitrust thinking prevails in the very countries that allegedly want to adopt the best of market economics. Dr. Xue's explanation of this phenomenon is reflective of the best in interdisciplinary thinking about economic problems.

The first and often oversimplified part of this explanation has to do with economic literacy. The policy makers (and their audiences) simply do not really understand what they are doing, since, if they did, they would be more enamored of post-1950 American antitrust jurisprudence than they are with pre-1950 ideas. To elaborate the significance of the newer learning, Dr. Xue details the development of the field known in American law schools as "Law and Economics", an intellectual advancement of major significance. This area of study has not only influenced law professors and economists, it has had a profound influence on the judges in America's federal courts, the locus of most antitrust jurisprudence. The importance of active educational programs for policy makers cannot be overemphasized, for without this understanding, there can be no profound improvement in the antitrust picture.

But the argument from ignorance has a major flaw; it cannot explain why this particular form of economic foolishness was selected over all the others that are available to politicians and regulators. And so Dr. Xue makes an incursion into an area rarely discussed in antitrust circles but absolutely crucial to an understanding of what is going on in many parts of the antitrust world, the field of public choice theory. This subject, the "economics analysis of political behavior", is, in its more formalized and integrated form, also of recent vintage. Now, using the kinds of tools of eco-

conomic analysis that fathered the modern antitrust understanding in America, we can begin to understand how the interests of politicians and regulators may logically (but not socially desirably) tend them in the direction of old-style antitrust.

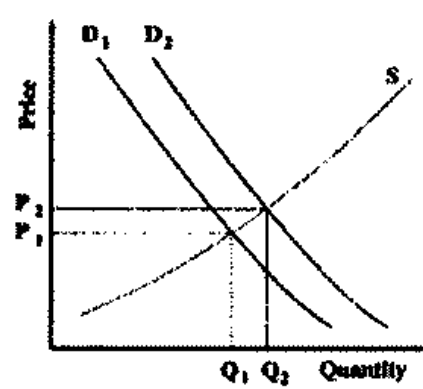
This book will lift a veil off the readers' eyes, as it becomes perfectly understandable how mistakes were originally made and why they persist in some parts of the world today. No one can come through this exercise without expressing strong doubts about whether antitrust is socially desirable. But if, for reasons of their own, policy makers persist in this nonsense, at least we know what to do to ameliorate the worst effects of their decisions.

Henry G. Manne

Dean Emeritus

George Mason University School of Law

第一部分：经济学基础



第一章

反垄断问题的深湛和困难

2006年4月5日，我专程赶到美国哥伦比亚大学，参加一场在其法学院举办的专题演讲。演讲者王晓晔教授，是来自中国社会科学院的反垄断法起草委员会的顾问。王教授讲演完毕，我有幸提问：“中国反垄断的立法，是通过什么样的机制，来确保‘反垄断执行机关’具备充分知识，以裁决哪一种商业行为有利或不利于市场竞争？”

王教授略显惊讶：“知识？你是说知识？我们在反垄断法问题上已经掌握了大量知识。在场很多人都是法律专家。我们有知识，但我们还要去训练。我们需要训练出大量法律人才，来进行反垄断法的执法。”

我是有备而来，而王教授则举重若轻。这一问一答，寥寥数语，生动凸显了两大反垄断观念的核心分歧：一方认为反垄断执法者对市场机制运行缺乏认识，遑论动手调节；而另一方则认为经验和知识已经大致具备，缺少的主要是铺开的行动。从那天起，我便酝酿写一个专栏系列，扼要地阐述我对欧美“反垄断现象”（包括其理念、模型、条文和司法实践）的认识和理解，以及我对王教授那句提问所蕴含的重重困惑。

这是一个反垄断学人的认识、理解和困惑，是一己之见，但它并非无中生有。三个与反垄断理论和实践紧密相关的经济学学术传统，深深地影响甚至塑造了我的认识、理解和困惑。它们是：强调非均衡下市场动态发展过程的奥地利经济学派（Austrian School）^①，强调考察真实世界约束条件的芝加哥经济学派（Chicago School）^②，以及强调个人利益对组织行为有决

① 参见 Schumpeter, Joseph Alois. *Kapitalismus, Sozialismus Und Demokratie*. Bern: A. Francke, 1950. 熊彼特在书中写道（第106页）：“完全竞争的状态不仅是不可能的，而且是劣等的，根本没理由被视作理想状态下的效率模型。”（[P]erfect competition is not only impossible but inferior, and has no title to being set up as a model of ideal efficiency.）另外，秉承奥地利学派传统深入剖析早期反垄断案例的经典著作，则首推阿曼坦奴的《反托拉斯和垄断：政策失败的剖析》（Armentano, Dominick T. *Antitrust and Monopoly : Anatomy of a Policy Failure*. New York: Holmes & Meier, 1990.），请参阅本书“把握商机就是企图垄断”和“似乎有勾结”两章的内容。

② 参见 Schmalensee, Richard. “Thoughts on the Chicago Legacy in U. S. Antitrust.” *eSapience Center for Competition Policy*, 2007, May 2007. 作者写道：“回想起来，在1970年代给经济系学生讲授反垄断政策，曾经是趣味横生的事情。靠近那个年代的法庭判决和持续的政策辩论，总能激起针锋相对的对立意见和甚嚣尘上的经济学辩论，根本不愁学生会感觉乏味和无趣，要是遇到运气好的时候，还能让他们暴跳如雷。保守经济学——或按我喜欢的说法，芝加哥经济学派——对美国反垄断政策留下的影响中，显然有不良的一面，那就是当年那些好玩的事情大部分都被消灭了。”（I was reminded how much fun it was to teach antitrust policy to economics students in the 1970s. Then-recent decisions and ongoing policy debates provided enough sharp disagreements and economic howlers that it was easy to keep students interested and amused - and even, on good days, outraged. A clearly negative aspect of the conservative economic or, as I prefer, Chicago School, legacy in U. S. antitrust policy is that most of this fun has been taken away.）

定影响的弗吉尼亚经济学派(Virginia School)^①。过去大半个

① 参见 McChesney, Fred S. and Shughart, William F.. *The Causes and Consequences of Antitrust : The Public-Choice Perspective*. Chicago, Ill. : University of Chicago Press, 1995. 该书是“从公共选择角度”考察“反垄断法的起源与结果”的论文集。编者在序言中写道:“《反垄断的起源和结果》力图转移争论的焦点。过去人们关注‘应该如何反垄断?’的问题,而我们则问‘反垄断法究竟干了些什么?’以及‘为什么要那么干?’我们在论述这些问题时,采用了广为沿用的方法论,标准的经济学模型和统计检验。通过实证得到的答案是很有启发性的。事实表明,导致哈佛和芝加哥学派分庭抗礼的那些陈年辩论虽是重要的,但却忽略了一些更基本的因素。如果确实能做到的话,本书将让反垄断学者的注意力回归到最基本的问题上去,迫使他们慎重思考反垄断政策在市场经济中究竟有没有任何合理之处。”(*The Causes and Consequences of Antitrust seeks to move the debate away from the familiar question, What should antitrust do? It asks instead, What has antitrust done, and why? It addresses these questions in methodologically familiar ways, using standard economic models and statistical tests. The empirical answers are revealing. The evidence suggests that the well-worn debates dividing Harvard and Chicago, while important, have overlooked more fundamental issues. If successful, the book will return the attention of antitrust scholars to first principles, forcing them to consider seriously whether antitrust has any legitimate place in a market-based economy...*)

“有一种幼稚的观念认为,反垄断法是自由市场的堡垒。我们试图要破除这个观念,而做法就是把公共选择理论的基本假设和实证方法应用到反垄断的问题上去。过去已经有人建立了一整套的行为体系,从而对其他涉及商业行为的公共政策作出了成功的解释。我们现在的目标,就是要把反垄断政策置于同一套行为体系当中。要抓住这个系统的本质,就要认清一点,即反垄断执法与政府一贯的价格和准入管制一样,都是以私人利益而非公众利益为主导产生的结果。我们并不是说公共选择模型可以解释反垄断的所有问题,而只是说,就反垄断的起源和结果

世纪,这三个学派都为反垄断思想作出了里程碑式的贡献。

1890年7月2日,美国通过“谢尔曼反托拉斯法案”(Sherman Antitrust Act)。它被普遍视作以政府主导的反垄断政策的始点。经过117年,后续的法规和由此引发的诉讼、控辩双方竭力提供的证据、各级法官精心磨砺的判词,还有学者炮制的分析研究,使“反垄断”成为一个普遍的政治经济现象,也成为占据法学院图书馆一角的庞然巨物。

要以专栏形式,探索这个庞然巨物,应如何是好?让我把镜头的视角调到最广,把五花八门的“反垄断违法”(antitrust violation,或曰罪名)一分为二,并把纷纭复杂的争议概括为五个根本问题,从而说明反垄断为什么仍是一个深邃和困难的课题。接着,我将运用上述三个学派的思想工具,针对上述两类“反垄断违法”所涉及的各种商业行为,围绕上述五个根本问题,辅以真实案例和理论模型,作陈述、解释和权衡的尝试。

而言,它带来的启发比其他模型要深远得多。”(By applying the fundamental assumptions and empirical methods of public choice to the analysis of antitrust, we seek to dispel the naive view that antitrust is the bulwark of free market. Our goal is to place antitrust within the same behavioral system that has been successfully brought to bear in explaining other public policies toward business. Closing the behavioral system requires recognizing that, like government regulation of price and entry in general, antitrust enforcement is shaped largely by private interests and not by the public interest. We do not claim that the public-choice model explains everything about antitrust, only that it illuminates a good many more of the causes and consequences of antitrust than alternative models do.)

一般地,规制市场竞争的法律统称“竞争法”(competition law)。在美国,尽管谢尔曼法案本身并不仅仅针对“托拉斯”这种商业组织形式,但由于它最早又深入人心,所以它和后续的法案都称为“反托拉斯法”(antitrust law)。而在当代中国,则先有 1993 年的《反不正当竞争法》,后有 1997 年的《价格法》,而它们的有关条文和立法精神,无疑将会延续到目前正在草拟和审议的《反垄断法》中去。

不管叫做“竞争法”,还是“反托拉斯法”、“反垄断法”或“反不正当竞争法”,它们开列的罪名,说来说去不出二十种。一些系统地讨论反垄断的文献,以不同时间推出的法律及其条文作线索;另一些则以罪名为线索。问题是:同样一种商业行为,往往同时涉及几套法律和不同的条文,也往往涉及几个不同的罪名。这样,若选用上述两种标准之一作线索来展开讨论,就难免会在若干篇章里,对同一种商业行为作重复的分析。

避免冗余的办法,是借用波斯纳(R. A. Posner)和伊斯特布鲁克(F. H. Easterbrook)在《反托拉斯》(*Antitrust*, 1981)中采用的分类,即把反垄断罪名划成“包罗性行为”(inclusive practice)和“排他性行为”(exclusive practice)两大部分。其中“包罗性行为”,专指竞争者们为了减少他们之间的竞争而采取的行动;“排他性行为”,则专指某个竞争者为了排斥其他竞

争者而采取的行动。^① 这样,我们便可以专注对商业行为的分析。不管法律条文、法官观点和罪名标签怎么变,对同一种商业行为的经济分析不变。

之所以说反垄断是个深湛和困难的课题,我看是由于存在五个似浅实深的根本问题,而人们至今仍未取得共识,仍在寻求答案。一百多年来,但凡重要的案件、判词和论文,无一不是因为对求解这组根本问题有贡献而受到关注的。不少反垄断法的学者,穷多年研究,辗转往复,就是要在五个根本问题上摆准自己的位置。

问题一:反垄断政策的目标是什么?“维护市场竞争秩

① 参见 Posner, Richard A. and Easterbrook, Frank H.. *Antitrust Cases, Economic Notes, and Other Materials*. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1981. XV. 作者指出:“我们相信学生们对反垄断领域的理解,可以遵循一个自然的顺序来加深,而这个自然的顺序的前提,就是把受反垄法规制的行为分成两个部分。第一个部分,包括了那些互相竞争的企业借以消除仅限于它们之间的竞争的商业行为。第二部分,包括了一个企业(或一批企业)试图排斥现有的或潜在的竞争者的商业行为。(这样的划分,不能简单理解为横向和纵向商业行为之间的划分。例如,大部分的抵制行为都是横向的,而它们的目的则是排斥受到抵制的竞争者。)”[We believe that there is a natural order for developing the students' understanding of the antitrust field, one based on a division of the practices challenged under the antitrust laws into two groups. The first consists of practices by which competing firms eliminate competition purely among themselves. The second consists of practices by which a firm (or a group of firms) seeks to exclude actual or potential competitors. (The distinction is not simply that between horizontal and vertical practices - most boycotts, for example, are horizontal, but their purpose is to exclude competitors of the parties to the boycott.)]

序”是一个目标，“遏制或消除垄断和垄断意图”是另一个目标，“提高经济效益”又是另一个目标，“维护消费者利益”又是另一个目标，“维护公众和国家利益”又是另一个目标。难题在于，究竟哪个才是反垄断的最终目标？其间的冲突是什么？样样兼顾或在其间作相机选择，又会产生什么后果？

问题二：供应者是否可能伤害需求者？在交易中提供实物或服务的一方通常叫供应者，提供货币的一方叫需求者。反垄断法是针对供应者制定的，其前提是供应者可以伤害需求者。但与盗窃、抢劫、杀人等伤害不同，在反垄断范畴内，假如完全禁止违法供应者的作为，需求者往往会蒙受更大的伤害。因此，在很多反垄断案件中，供应者究竟是伤害了需求者，抑或只是被嫌造福需求者不足，往往得追根溯源才能断定。

问题三：外力矫正能否优于市场结果？企业一旦被反垄断执法者定罪，其资产收益、组织结构和商业行为都会面临来自法官、律师、政府官员、专家学者，甚至市场竞争对手的联手施行的外力矫正。但是，在如何生产和销售受消费者欢迎的产品的的问题上，这些人几乎总不如被告。那他们有什么资格矫正市场？有人说他们更懂得什么才是健康的竞争秩序。但是，什么才是健康的竞争秩序，本身就是个问题。

问题四：理论模型为何与现实世界相矛盾？反垄断法离不开经济学依据。例如，垄断之所以备受批评，离不开经济理论模型的预言，即垄断者必然会提价和减产。但现实中，垄断者往往都是减价和增产的。虽然学者们并没有气馁，经过一百多

年,至今还在设计模型,试图模拟必然取得垄断和暴利的逻辑通道,但在真实世界里,谁也未曾取得过常胜不败的秘方。经济模型与经济现实之间的差异,不是程度的差异,而是性质的差异。因此,寻求造成这种差异的原因,也常常成为另外一些学者们努力的方向。

问题五:人们为什么热衷于反垄断? 20 世纪的 60—80 年代,反垄断的经济学基础经历了重大的变化,许多曾被视作理所当然的观念被彻底推翻,但反垄断实施的状况,并没有跟上学术上的进步。更令人关注的是,根据麦克切斯尼(F. S. McChesney)在《简明经济学百科全书》(*The Concise Encyclopedia of Economics*)中“反托拉斯”(Antitrust)条目的介绍^①,在美国以私人名义兴起的反垄断诉讼数量是政府的 20

① 参见 McChesney, Fred S. . “Antitrust,” D. R. Henderson, *The Fortune Encyclopaedia of Economics*. New York: Time-Warner Books Inc. , 1993. 作者写道:“在反垄断司法的统计数据中,最令人担忧的一项是,私人提出诉讼的数目是政府的 20 倍。大部分兴诉的案件,其目的都是为了阻碍而不是促进竞争。根据 Steven Salop(前卡特政府的反垄断官员)和 Lawrence J. White(纽约大学的经济学家)的报告,大部分私人诉讼都来自两个群体。数目最多的案件,是由与被告具有垂直关系的群体(如零售商或连锁承包商)提出的。也就是说,这些群体不可能受到什么真正的反竞争侵害。通常,这种案件的目的,只是想把简单的(可以通过普通的索赔来补偿的)合同纠纷,变成根据克雷顿法案可以索取三倍赔偿的案件。”[One of the most worrisome statistics in antitrust is that for every case brought by government, private plaintiffs bring twenty. The majority of cases are filed to hinder, not help, competition. According to Steven Salop, formerly an antitrust official in the Carter administration, and Lawrence J.

倍,可见反垄断法本身早已成为各方假公济私的工具。这是说,只有根据反垄断参与者的本身利益来考察,才能解释许多难以解释的司法现象。

White, an economist at New York University, most private antitrust actions are filed by two groups. The most numerous private actions are brought by parties who are in a vertical arrangement with the defendant (e. g. , dealers or franchisees) and who, therefore, are unlikely to have suffered from any truly anticompetitive offense. Usually, such cases are attempts to convert simple contract disputes (compensable by ordinary damages) into triple-damage payoffs under the Clayton Act.]

第二章

永远从租的角度看垄断

怎样去看,决定了看到什么。小说中的福尔摩斯,经常能在案件现场,发现别人所忽略的蛛丝马迹,令他的伙伴华生医生赞叹不已;但福尔摩斯每次都不以为然地解释:“我不是运气好,而是已经推测到那些证据,才去把它们找出来。”

在反垄断领域,以芝加哥大学“法与经济学”之父戴维德(A. Director)为首的一批经济学家,曾经干脆利落地拆穿了不少广为流传的反垄断谬误。例如,戴维德本人就拆穿了“通过捆绑可以延伸垄断力”的谬误^①,泰舍尔(L. G. Telser)拆穿了“零售商联守最低售价是限制竞争”的谬误^②,克莱恩(B. Klein)和阿尔钦(A. Alchian)等则拆穿了“纵向合并是为了实现垄断”的谬误^③。

① 参见 Director, A. and Levi, E. H.. “Law and the Future: Trade Regulation.” *Northwestern University Law Review*, 1956, 51, pp. 281 - 96.

② 参见 Telser, Lester G.. “Why Should Manufacturers Want Fair Trade?” *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, pp. 86 - 105.

③ 参见 Klein, Benjamin; Crawford, Robert G. and Alchian, Armen A.. “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process.” *Ibid.* 1978, 21(2), pp. 297 - 326.

问题是,这群学者的洞见是靠灵机一触而获得的吗?应该不是。要知道,他们都是曾经成群结队、朝夕相处的师徒或伙伴。纯粹的幸运,不可能接二连三地落在同一群人头上。他们之所以取得这些洞见,很可能跟福尔摩斯一样,是从某些更一般的原理和前提出发,预测了问题的症结所在,然后才有的放矢地去寻找实证的。

那么,究竟是哪些原理使得他们思如泉涌呢?我认为其中主要是“租”(rent)的概念。要说明的是,经济学中的“租”,是具有广泛意义、经长年锤炼而得的概念,而并非仅指“租用”和“租金”所代表的含义。据布坎南(J. Buchanan)回忆,在20世纪中叶,“租”是个热门的经济话题。可惜它今天被漠视了,而在反垄断经济学中为甚。

事实上,只要准确理解“租”的形成、归属、套现和争夺,就可以建立一套考察垄断的独特视角。同时,只要从上一章提到的三大学派(奥地利、芝加哥和弗吉尼亚)来看垄断,也就必定是有意无意地从“租”的角度看垄断。这是说,要确切理解垄断,租的概念是关键。

租,是由某种特殊经济资源带来的收入^①。这种资源既可以是有形的,也可以是无形的,其特点是:即使它在市场上炙手可热,其可用量也难以增加(或者说难以用别的资源顶替);而

① 参见 Alchian, Armen A. “Rent,” M. M. John Eatwell, Peter Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, 2000.

即使它在市场上无人问津,其可用量也难以减少(或者说难以转作别的用途)。

例如,天赋带来的收入,就是租的一种,它通常被称作“李嘉图租”(Ricardian rent)。一把嗓音,一副身材,一张脸蛋,它们可能平庸无奇,路人不屑一顾;也可能倾国倾城,带来滚滚财源。不管怎样,其“可用量”不变,长成这样,就是这样。明星的巨额收入中,小部分应归功于他和其他人一样付出的努力,而大部分应归功于他独有的“李嘉图租”。

来点变化。在纽约曼哈顿区的一幢普通楼房,不论出售或出租,由此带来的收入,大部分是其“经济租”。这幢房子之所以值那么多钱,并不在于它是一幢楼房,而是在于它地处曼哈顿。无论曼哈顿区的用房需求多高,该区的房屋面积大致不变。这个区域楼房所享有的“经济租”,则是由于当地生产力水平比别处高而造成的。

举个更抽象的例子。包括英国在内的很多国家,其国王都曾经垄断过盐的专卖权。国王即使完全不接触盐的生产、转运和销售,也能靠“恩准”别人从事盐业来获得收益。这收益便是国王独享的“权力租”。它是一份特权,不多也不少,其价值取决于有多少人要吃盐,以及这份特权受到多大程度的维护。

不管是“李嘉图租”(与天赋相关)、“经济租”(与生产相关)、“权力租”(与行政相关),还是别的什么名堂的“租”,凡是享有“租”的个人或组织,都是某种程度的垄断者。这是对五花八门的垄断的一般化的处理。只有这样处理,才能给垄断

分析一个持平的起点。

接下来的问题,是“租值”的形成。这是关于租的概念中,最重要、最难明白、即使明白了也最容易忘记的部分。租值的大小,是由最终产品的市价决定的;而最终产品的市价,则是由需求决定的。整个厘定价值量的链条,是以需求为因,价格为果;继而以价格为因,租值为果的。一切商品如是,任何场合如是。

一场有姚明参加的体育比赛,节目转播中的广告费较贵。一般人认为,这是因为姚明的出场费贵,导致了节目转播权贵,从而导致了节目的广告费贵。然而,从经济学的逻辑看,整个因果链条恰恰相反。是特别多观众喜欢看姚明,才使得商家激烈争夺广告时段,才导致了电视台激烈争夺转播权,才导致了姚明的出场费比别人贵。

权威的《新帕尔格雷夫经济学辞典》中的“租”条目,由阿尔钦执笔。他说:“正因为(在纽约)这块土地从事生产能赚取更高的价格,才使这块土地的租值被哄抬到这么高。那些(有本事在这块地方从事生产并赚取更高价格的)人通过高价取得土地后,却往往产生误会,以为他们之所以能够向其顾客索取高价,是由于他们支付了较高的地租。”^①

还有人怀疑,问:“药厂花了巨额投资,研制出一种新药,那么新药的售价得定得高,才能收回投资,这不正是科研的租

^① 参见第19页注释①。

值决定了成品的售价吗？怎么会是相反？”回答是：新药报价再高，最终也得由病人的需求来确保成交。若缺乏需求，那么哪怕新药再有效，药厂都得破产。若投资不论高低，都能成功转嫁到新药的售价上，那药厂就永不亏本了。

这是说：从“租”的角度理解垄断，将是卓有成效的；人们对各种最终产品的需求，导致了“租”的形成；享有“租”，就是享有某种程度的垄断力；而“租值”的大小，或者说“垄断力”的强弱，则由全人类共同的逐利行为，排山倒海地造就。正因为这样，任何个人或组织，都无法恣意厘定一种“租”或“垄断力”的大小，其所有者也不例外。

从 1933 年英国经济学家罗宾逊夫人(J. Robinson)的《非完全竞争经济学》^①起，到 2002 年美国法官波斯纳(R. A. Posner)的新版《反垄断法》^②止，分析垄断行为的经济学框架，都是以一条向下倾斜的需求曲线为蓝图的。此蓝图本身没错，但很容易给“点到即止”的读者造成误会，令他们以为反垄断的要旨之一，就是赋予政府权力，让它在“垄断者”与“消费者”之间“公平合理”地瓜分既定的利益。

在中国，铁路是国家垄断的。春运期间，铁路垄断者的收入可以大增。多数人——包括那些坚决反对行政垄断的

① 参见 Robinson, Joan. *The Economics of Imperfect Competition*. London: Macmillan and Co., Ltd., 1933.

② 参见 Posner, Richard A.. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

人——认为,以行政手段限制火车票的价格,从而限制铁路垄断者的垄断收入,是对垄断的一种有效矫正。基于同样的理由,他们也主张对其他公共事业,包括电力、用水、环卫,乃至教育,都实施限价管制。这种思维背后的逻辑是:垄断的祸害在于垄断者需索过度,而只要对垄断进行价格管制,就可以解决问题,使消费者免遭盘剥。

从租的角度看垄断,上述成见错了,而且错得清楚——由政府来管制垄断,不可能保护消费者利益。这是因为,“垄断租值”永远是由需求强弱决定的,其他因素无法改变租值。就铁路而言,只要政府仍然垄断铁路运输业,那么它就必然享受春运期间的额外租值。只要需求还在,这租值就不消失。不论政府管不管,这种“垄断租”的存在和大小都不受影响,受影响的只是租的实现形式。

假如没有任何价格管制,那么铁路垄断者就可能提价,从而将其享有的租全部变现;假如存在价格管制,那铁路垄断者便无法将其垄断租全部变现,而只能通过这样或那样的方式,把车票卖给与他有特殊关系的乘客。这时,部分租值就从钞票形式,转变成诸如人际关系的非钞票形式。

政府管制垄断的结果,不仅对垄断者不利,对整个社会也不利,因为它不仅扭曲了垄断者套取租值的意愿,而且还迫使需求者将资源耗费在人际关系的竞逐上,造成社会的净浪费。不明白这一点,我们就无法明白,为什么经济学家在反对行政垄断的同时,也反对以价格管制作为对行政垄断和其他垄断的

矫正手段。

再以电信业为例。在中国,电信部门受准入壁垒保护,从而坐拥巨额垄断租值。但是,电信部门受准入壁垒保护是一回事;它如何将其垄断租变现是另一回事。经济学家既反对政府在通信行业设置准入壁垒,但同时也支持电信部门自主提供业务、自主划分市场、自主收取费用。从租的角度看垄断,这两者是并行不悖的。

一个地主,可能把他的土地交给败家子打理,结果丢荒了土地。这是最坏的一种情形,是地主和消费者的双输。好一点,地主虽然维持垄断者的特性,但可以把土地分割,交给几个不同的佃农耕作,对他们论功行赏,那么耕作效率就会提高。只要交易费用够低,不论土地由一个地主拥有,还是由一百个地主拥有,都不影响土地的有效利用。

同样,这些年中国电信几经分拆和资源调动,实际上就是垄断下的佃农重新安排^①。这种安排提高了效率。尽管电信保持了垄断特点,但由于基本没有受到价格管制,其经营主体保持了相对独立,所以在国家垄断的前提下,电信公司之间不仅存在竞争,而且竞争激烈,服务质量也就提高了。

十多年前,深圳邮电局提议发展移动电话,但上级认为成本太高,需求不足,所以只允许深圳自筹资金试行。深圳投石

① 参见 Cheung, Steven N. S.. "Private Property Rights and Sharecropping." *The Journal of Political Economy*, 1968, 76 (6), pp. 1107 - 22.

问路,结果供不应求,造成垄断者和消费者双赢。这是说,将“国家垄断电信业”的前提存而不论,垄断者及其属下承包部门,若积极追求兑现租值,就比“只占茅坑”对社会有利得多。让政府管制垄断,而非解除垄断,效果则适得其反。

再以石油为例。阿拉伯垄断了大量油田,你可以抱怨上天不公;但石油输出国联合起来,以卡特尔形式操纵石油开采量,从而最大程度地兑现其天赋租值,却肯定对全社会有益。这是因为,在石油输出国共谋逐利的同时,全球石油消费的节奏得到了调节,石油在时间上的配置达到了优化。

从租的角度看垄断,我们首先看到,垄断者注定是要设法将其垄断力的租值兑现的,而他们的成功全赖需求者的钞票认可。令人惊讶的推论是:反垄断法所禁止的种种行为,包括资源集中、价格联盟、价格歧视、捆绑销售、市场分割等,都是能为垄断者实现租值,即为需求者以钞票认可的行为。

这是说,反垄断法把目光集中在上述商业行为本身上,是看错了重点、打偏了靶子。这便照亮了反垄断研究的第一片累结硕果的沃土:逐条研究被反垄断法禁止的每一种商业操作,解释它们为什么其实都是有利于提高经济效率和促进社会福利的。

从租的角度看垄断,还能让我们把视线转移到引起这些行为的垄断力的性质上去。既然对租值的追求必然引致“反垄断违法行为”,所以问题不在这些行为本身,而在其起因,那么带来租值的几种垄断力,包括天赋、经济产品、发明专利和行政

特权，对社会福利的作用都是同等的吗？

这个提问引向了第二片沃土：解释为什么天赋不论落到谁的头上，都不影响社会福利；解释为什么追求经济产品和发明专利上的垄断，往往会促进社会福利；重要的是，解释为什么追逐行政特权上的垄断，往往会损害社会福利；而在经济学中，“寻租”（rent seeking）一词，则是专指最后这种有害行为的。

反垄断研究还把反垄断执法作为考察对象，这是第三片沃土了。当立法者并不理解诸多商业行为的效率含义，而反垄断法的条文又含糊不清，反垄断法执法就必然成为竞争者和执法者们“寻租”的乐园。反垄断法的条文越宽泛，执法机关越庞杂，执法权力越大，“反垄断寻租”的破坏力就越大。这是各国在推进反垄断法时，必然遭遇的制度陷阱。

第三章

反垄断究竟要反什么

法律是要让人知道什么可为、什么不可为。然而，在众多法律中，美国的反垄断法和各国仿效订立的公平竞争法，却是最令人无可适从的。通过谢尔曼法案和后续法案的美国议员，主审反垄断案的联邦法官，各国负责承袭美国反垄断法的立法专家，乃至仍在深入研究企业行为的产业经济学家，至今还不确知反垄断法究竟要打击哪些商业行为。遗憾的是，这些人当中有不少是自信自己确知的。

1890年7月2日，美国国会以压倒多数通过谢尔曼法案。这个法案是反垄断的渊源，一切纷争都由此而起，但它的重点只有两条，核心只有几个字。它的第一条是：“任何契约、以托拉斯形式或其他形式的联合或共谋，若以限制州际或国际贸易

或商业为目的,就是非法的。”^①其核心是“以限制贸易或商业为目的”(in restraint of trade or commerce)几个字。它的第二条是:“任何人进行垄断或企图垄断,或与他人联合、共谋垄断州际或国际商业和贸易,是严重犯罪。”^②其核心是“进行垄断或企图垄断”(shall monopolize or attempt to monopolize)几个字。

问题在于,究竟什么是“限制贸易”和“进行或企图垄断”,今天我们还没有答案,遑论达成共识。并不是说这两条本来就有确切含义,只是当年的议员们没写清楚,是他们根本就懵懵懂懂,而后人则在往后的一百多年里,通过司法实践和学术反思,努力在给这几个字赋以较为合理的含义,但这项任务至今

① 参见 15 U.S.C. § 1. “第一条:任何契约、以托拉斯形式或其他形式的联合、共谋,用来限制州际或国际的贸易或商业,是非法的。任何人签订上述契约或从事上述联合或共谋,是严重犯罪。”(Section 1 of the Sherman Act provides that “[e]very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.”)

② 参见 15 U.S.C. § 2. “第二条:任何人垄断或企图垄断,或与他人联合、共谋垄断州际或国际的商业和贸易,是严重犯罪。”(Section 2 of the Sherman Act provides that “[e]very person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony....”)

尚未完成^①。

谢尔曼法通过后,美国政府开始兴讼。第一宗打到最高法院的官司,是 1895 年判的美国糖精炼公司案(*The E. C. Knight Case*);更著名的新泽西标准石油案(*Standard Oil of NJ*),则是在 1911 年终审的。然而,尽管官司好歹判下来了,但由于法官们的判词暧昧不清,业界大为不安。人们意识到,

① 参见 Posner, Richard A.. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 在第 34 页,作者写道:“谢尔曼法的立法者对‘托拉斯’问题感到忧虑,但他们所认定的问题不仅模糊不清,而且是自相矛盾的。他们似乎担心低价会对与托拉斯竞争的小企业造成伤害,也担心歧视性定价的问题(如铁路对洛克菲勒的标准石油公司提供的回馈,会置其他与托拉斯竞争的小企业于不利的位置);但他们还担心高价对消费者造成的伤害。然而,他们对高价的忧虑,主要是认为垄断性定价会造成财富分配不公,而不是担心垄断性定价会影响资源的有效配置和利用。既要保护竞争者免受低价的伤害,又要保证消费者免受高价的伤害,这是两个在大部分情况下都不相容的政策目标。那只有很罕见的例外,如当垄断者把价格定在成本以下,以阻吓潜在的进入者的情况。”[at 34, “The framers of the Sherman Act were concerned with the ‘trust’ problem, but what they conceived that problem to be is obscure, and indeed contradictory. They seem to have concerned with low prices harmful to small-business competitors of the trusts and with discriminatory pricing (for example, railroad rebates to Rockefeller’s Standard Oil Trust) that placed the trust’s small-business competitors at a disadvantage), as well as with high prices harmful to consumers, but their concern with high prices focused on the wealth-redistributive rather than the allocative effects of monopoly pricing. Protecting competitors from low prices and consumers from high prices are incompatible objectives, with a few rare exceptions, such as when a monopolist prices below cost in an effort to intimidate a potential entrant.”] 另外,关于“掠夺性定价”,请参见本书“低价如何伤人”一章。

含糊的谢尔曼法必须予以澄清。于是，国会在 1914 年通过了克雷顿法案 (*Clayton Act*)，在 1936 年通过了罗宾森·帕特曼法案 (*Robinson-Patman Act*)，其目的就是要把反垄断究竟要反什么说清楚。

克雷顿法明确了四种非法行为：(1) 价格歧视；(2) 达成捆绑和排他性交易合约；(3) 收购其他公司股；(4) 在不同企业兼任经理。帕特曼法进一步细化了对价格歧视的规范，而后继的法案则把公司合并和收购也纳入了反垄断的范畴。到 1940 年，法庭首次采用了“本身原则” (*per se rule*) 来判案，这标志着当时法官开始确信，某些商业行为，一旦实施，就肯定违违反谢尔曼法，即属“限制贸易”或“进行或企图垄断”。

所谓“本身原则”，可以用“交通规则”的例子来理解^①。一般地，闯红灯是违规的，只要闯了就是违规。即使当事人不服，闹上法庭，法庭也只会关注是否闯了红灯这一事实。一旦认定了事实，那么不管当事人持什么理由违规，都算违规。这

^① 参见 Boudreaux, Donald J. . “Per Se Rules,” *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Palgrave Macmillan, 2004.

就是“本身原则”^①。与此对应的是“理性原则”(rule of reason),即一种行为最终是否被裁定为违规或违法,不仅取决于当事人是否做了,还得取决于其行为的原因、动机和后果^②。

① 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill.: Section of Antitrust Law ABA, 2007. 第 49 - 50 页:最高法院指出,当“一种行为表面上看来总是或几乎总是趋向抑制竞争和降低产出”,而不是“为了‘提高经济效益和促进而非抑制竞争’而做的安排”,那么这种行为就适用于“本身违法”原则。它在不经进一步分析的情况下就会被定罪。在“本身原则”的范围内,无需对其造成的确切伤害或其背后的商业理由作探究,就可以决定性地认定一种限制竞争的行为是不合理的。因此,采用“本身原则”,就“要求法院对一种特定商业行为的社会效益作出广泛的概括,并体现出它已经考虑过这种情形,即在被禁止的整类行为中存在某些特例并不对竞争产生不良效果的可能性,应该低到不值得花时间和金钱去寻找的程度。”(The Supreme Court has stated that when a “practice facially appears to be one that would always or almost tend to restrict competition and decrease output” rather than “one designed to ‘increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive,’” it is considered “per se illegal” and may be condemned without further analysis. Under the per se rule, a restraint is conclusively presumed unreasonable “without elaborate inquiry as to the precise harm [it has] caused or the business excuse for [its] use.” The per se rule thus “require[s] the Court to make broad generalizations about the social utility of particular commercial practices” and reflects the judgment that any instances of conduct within the proscribed category that do not result in a pernicious effect on competition “are not sufficiently common or important to justify the time and expense necessary to identify them.”)

② 参见 Ibid. 第 56 页:“通常,一种行为若非确凿无疑,就不适用于本身原则,而是应该按照理性原则来进行分析。”(Ordinarily, conduct that does not unambiguously injure competition is not subject to the per se rule and instead is analyzed under the rule of reason. . . .)

采用“本身原则”，好处是节省司法成本和社会成本——法庭要认证的内容少而简单，全社会则免去了以身试法的必然性。问题是：若要采用“本身原则”，立法者和执法者必须有充分理据在事前就断定，要管制的行为肯定有害，或至少在概率上肯定弊大于利。如果缺乏这样的确定性，就应该舍弃“本身原则”，转而采用“理性原则”。

这种确定性，美国反垄断司法当局曾经有过，但现在已经极大地减弱了。本书将要介绍这个转变。这里要先点明的是，美国的百年反垄断司法史，是一部“本身原则”逐步被“理性原则”取代的司法史^①。这无可争辩地表明，随着美国反垄断实

^① 参见 Schmalensee, Richard. “Thoughts on the Chicago Legacy in U. S. Antitrust.” *eSapience Center for Competition Policy*, 2007, May 2007. 作者写道：尽管如此，我相信即使是那些连在研讨会里都找不到立足之地的芝加哥学派的极端主张，对反垄断政策也都起到了积极的作用。这些主张迫使主流学者对其政策取向提出经济学上的依据。由此引发的争论产生了深远的效果，即使得反垄断的思想重心，从“即使无过失也负有责任”和“本身违法”的立场，向“理性原则”和“以效果为基础的分析”的立场转移。指出皇帝没有穿衣服，是会提高周遭的着装标准的——他要么被迫离开人们的视线，要么被迫穿上衣服。（Nonetheless, I believe that even the extreme Chicago proposals that have failed to gain even seminar-room acceptance have also had a positive effect on antitrust policy; they have forced more mainstream scholars to provide economic justifications for their alternative policy positions. The resulting debate has had the broad effect of shifting antitrust’s intellectual center of gravity from no-fault liability and per se illegality to rule of reason, “effects-based” analysis. Pointing out that the Emperor has no clothes may raise local sartorial standards either by driving him from the scene or by compelling him to dress.）

践和研究的进化,反垄断法要打击的靶子不是越来越清晰了,而是越来越模糊了。这是其他效法美国反垄断法的国家不可回避的警示。

自 1940 年以来,立法者和执法者都曾经确信,某些商业行为肯定是“限制贸易”和“企图垄断”的,或按“联邦贸易委员会法案”的措辞,是肯定属于“不正当竞争”的。然而,随着对商业行为解释的加深和普及,那些一度被认为适用“本身违法”的行为,包括“价格锁定”、“横向市场瓜分”、“限制交易”和“捆绑”,今天都逐一被证明至少并非全是有害的^①。

① 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill.: Section of Antitrust Law ABA, 2007. 就“价格锁定”而言,见第 81 页:最高法院已经确认,在竞争者之间明文订立的设定或影响价格的协议中,并非一概是损害竞争的。于是,当横向价格约定有助于各方对经济活动做有益于竞争的整合的时候,或者当限制条款和价格之间的关系得到足够的调和的时候,法庭就是采用理性原则而非本身原则的。([T]he Supreme Court has recognized that not all agreements among competitors that literally set prices or affect price levels undermine competition. Thus, courts have applied the rule of reason rather than the per se rule when the horizontal price restraint is ancillary to a procompetitive integration of the parties' economic activities or when the relationship between the restraint and price is sufficiently attenuated.) 就“价格锁定”和“横向市场瓜分”而言,又参见 Schmalensee, Richard. “Thoughts on the Chicago Legacy in U. S. Antitrust.” *eSapience Center for Competition Policy*, 2007, May 2007. 作者写道:在 1967 年 *Sealy* 案的判决中,最高法院在不作探究的情况下,推翻了一批床褥制造商达成的市场分割协议。在 1972 年 *Topco* 案的判决中,法庭也以类似的方式推翻了一个超市连锁协会以私人品牌项目的名义达

成的市场分割协议，而实际上以“*Topco*”的牌子销售的商品，只占该协会成员产品的10%左右。处理*Topco*案的法庭干脆写道：“本案涉及的是一项横向的限制行为，因此，它属于本身违法……”正如博克（Robert Bork）一针见血地指出的，这些判决在经济上完全讲不通：“在没有能力限制产量的情况下，减少对抗的决定只能是为了促进效益而作出的。”而从1979年最高法院对*BMI*案的判决起，反垄断政策就明显地从对所有横向限制作本身违法论处的立场往后撤了。事实上，在目前司法部和联邦贸易委员会就竞争者之间进行协作的《反垄断指南》规定：“假如……为了对经济活动作有助于提高效益的整合，参与者之间达成协议，而该协议是合理地与整合相关的，而且是为了达到促进竞争的目标所必须的，那么政府部门就应该根据理性原则来分析其协议，哪怕该协议属于本来是应该根据本身违法原则作处理的类型。”话说到这个地步，博克法官恐怕不能再作非分之求了。（In the 1967 *Sealy* decision, the Supreme Court struck down the market-division agreement entered into by a set of mattress manufacturers without inquiring into the effects of that agreement. In the 1972 *Topco* decision, the Court similarly struck down the market division agreement employed in the private label program of an association of supermarket chains even though only about 10 percent of the goods sold by its members bore the *Topco* name. The *Topco* Court held simply that “... the restraint in this case is a horizontal one, and, therefore, a per se violation...” As Bork argued persuasively, these decisions make no economic sense: “Absent the power to restrict output, the decision to eliminate rivalry can only be made in order to achieve efficiency.” And beginning with the Supreme Court’s 1979 *BMI* decision, antitrust policy has retreated significantly from per se condemnation of all horizontal restraints. Indeed, the current DOJ/FTC Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors states that “If ... participants in an efficiency-enhancing integration of economic activity enter into an agreement that is reasonably related to the integration and reasonably necessary to achieve its procompetitive benefits, the Agencies analyze the agreement under the rule of

reason, even if it is of a type that might otherwise be considered per se illegal.” Judge Bork could hardly have wished for more.)就“限制贸易”而言,参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill.: Section of Antitrust Law ABA, 2007. 第 108 - 119 页;在 1985 年,最高法院在“西北文具批发商”案中认为,并不是所有“横向协同拒绝交易”行为都应该受到本身原则的谴责的。案中的被告,一家批发采购公司,在没有解释、通知或听取意见的情况下,开除了它的一个成员。第九巡回法庭根据 *Silver v. New York Stock* 一案的判决认定,开除是本身违法的,理由是被开除的成员未被授予足够的保护。最高法院推翻了巡回法庭的意见。……最高法院的结论是,采购型公司“并不是一种特别会导致反竞争效果的协同行动的组织形式”,而是“一种为了提高经济效益和促进而非抑制市场竞争而设计的组织形式”。由于任何公司“为了有效运作都必须订立和执行合理的规则”,该院判定开除的做法“并不必然意味着反竞争性的恶意和引发反竞争的效果”。法庭于是认为,除非原告能够表明“该公司具有市场支配能力,或对某种要素具有排他性的控制,而这种要素又是有效竞争所不可或缺的”,开除一个成员的做法,就应该根据理性原则而不是本身违法原则来处理。(In 1985 ... the Supreme Court held in *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.* that not all concerted horizontal refusals to deal warrant per se condemnation. The defendant, a wholesale purchasing cooperative, had expelled a member without explanation, notice, or hearing. Relying on *Silver v. New York Stock Exchange*, the Ninth Circuit held the expulsion per se unlawful because the expelled member had not been afforded adequate procedural safeguards. The Supreme Court reversed. ... The Court concluded that a buying cooperative was “not a form of concerted activity characteristically likely to result in predominantly anticompetitive effects,” but rather was “designed to increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive.” Because any cooperative “must establish and enforce reasonable rules in order to function effectively,” the Court concluded that the act of expulsion “does not necessarily imply anticompetitive animus and thereby raise a probability of

anticompetitive effect.” The Court therefore held that, unless the plaintiff showed that “the cooperative possesses market power or exclusive access to an element essential to effective competition,” the expulsion of a member should be judged under the rule of reason and not treated as per se unlawful.)就“捆绑”而言,参见同上文献第175-176页:对捆绑安排的法学分析在过去三十年里经历了重大的转变。早期,最高法院根据(谢尔曼法的)第一条和第三条规定,按本身违法原则来处理捆绑行为,并以强烈的措辞批评这种行为。该院一度总结道:捆绑安排“一概不是用来追求合法的且不少作限制就无法取得的商业目标”,这种安排“除了压制竞争外几乎没有任何其他的目的”。用本身原则来处理捆绑安排的力度,在近几十年里已经大大削弱了。尽管法庭仍然继续把某些捆绑安排视作本身违法,但它也早就确认捆绑安排可以是有益于竞争的。在“美国诉微软”的案件中,华盛顿特区巡回法庭拒绝对操作系统和网络浏览器的捆绑安排适用本身原则。该法院提出的理由是:(1)涉及计算机软件的捆绑可能具有促进竞争的效果;(2)“杰斐逊·帕丽斯测试”(用以判决一项捆绑安排中是否涉及两种产品,从而支持捆绑的说法的一种法庭原则)也不包括对捆绑的效果进行评估的授权;(3)软件捆绑即使对不具备市场支配能力的企业而言也是很常见的做法;(4)法庭在计算机软件捆绑安排问题上也不具备充分的经验,以致可以令人信服地结论说该捆绑安排具有压倒性的反竞争的效果。(Judicial analysis of tying arrangements has undergone important changes in the past thirty years. Earlier Supreme Court decisions held tie-ins to be per se unlawful under both Section 1 and Section 3 and described tying in strongly disapproving terms. The Court once concluded that tying arrangements “generally serve no legitimate business purpose that cannot be achieved in some less restrictive way” and that such arrangements “serve hardly any purpose beyond the suppression of competition.” The strength of the per se rule for tying arrangements has waned over recent decades. ... Although the Court continues to classify some tying arrangements as per se unlawful, it long ago recognized that tying arrangements ... may be procompetitive. ... In *United States v. Microsoft Corp.*, the D. C. Circuit declined to apply the per se rule to arrangements

现在,在美国法庭上虽然仍保留着“本身违法”的罪名,但它们是否适用,却得通过“理性原则”来决定^①。这等于说,闯红灯

involving the bundling of a computer operating system and a web browser. The court reasoned that tying arrangements involving computer software may have procompetitive efficiencies, that the Jefferson Parish test for determining whether a bundle involves the necessary two products to support a tying claim does not authorize an inquiry into the efficiencies of the bundle, that software bundling is practices commonly even by firms with no market power, and that the judiciary has insufficient experience with computer software tying arrangements to permit a confident conclusion that such arrangements are predominantly anticompetitive.)

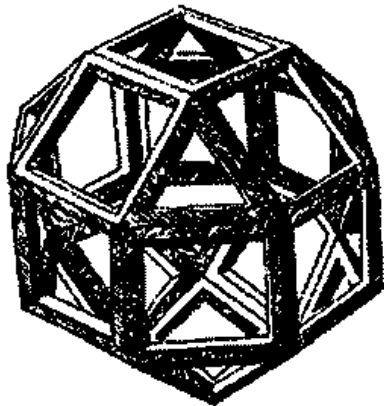
① 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill. : Section of Antitrust Law ABA, 2007. 第 57 - 58 页:从 1980 年代早期起,低级法院就开始强化理性原则的运用,其方法就是所谓的转移举证责任。……根据强化的理性原则,原告人负有最初的举证责任,他必须证明一项协议已经或可能对竞争造成相当的威胁。如果原告达到了这一责任标准,那么举证责任就落到了被告身上,他必须提出其行为有益于竞争的证据。如果被告确实提出了其行为有益于竞争的证据,那么原告就必须证明,受到质疑的行为并不是为了取得原告所说的目的所必须的,或者证明反竞争的效果仍然大于促进竞争的效果。到最后,就是要衡量一种限制性行为的反竞争效果是否显著地大于其促进竞争的效果,而后者是一种限制性行为变得合法所必不可少的。(Since the early 1980s, lower courts have imposed greater structure on rule of reason analysis by casting it in terms of shifting burdens of proof. . . . [U]nder the more structured rule of reason, the plaintiff bears the initial burden of proving that an agreement has had or is likely to have a substantially adverse effect on competition. If the plaintiff meets its initial burden, the burden shifts to the defendant to produce evidence of the procompetitive virtues of the conduct. If the defendant does produce evidence of procompetitive virtues, then the plaintiff must show that

肯定违规,但“闯红灯肯定违规”这一原则是否适用,还得酌情处理一样。BMI 公司因为对其拥有的音乐版权收取划一的许可费,在 1979 年被控违反了采用“本身原则”执行的“价格锁定”罪。结果,法院判决 BMI 无罪,理由是它虽然锁定了价格,但由于它是为了降低交易费用才这样做的,所以“价格锁定肯定违法”的原则不适用。这个案件一下子便成了“价格锁定”行为摆脱“本身原则”的突破口。到了今天,几乎任何“价格锁定”的案子,实际上都是遵循着“理性原则”来诉讼和抗辩的。

从“本身原则”向“理性原则”过渡,是从武断到谨慎的过渡,这很大程度归功于美国的判例法系(common law)。判例法具有较强的自我学习和矫正功能。尽管其反垄断法开始只有寥寥数语,后来才逐渐把垄断罪名明确下来,但在法学和经济学研究的深刻影响下,这些罪名又开始变得面目全非,而且至今还在变化。中国要引进反垄断法,必须充分重视判例法系所特有的探索机制,充分重视反垄断概念仍在进行的演变,而不应只是搬字过纸,把个别时期的判例固化,改写成反垄断的成文法(statute law);而在法律的草拟和实施过程中,则更不应抱有很久以前的司法者才抱有的自负,轻易动用“本身原则”。

the challenged conduct is not reasonably necessary to achieve the stated objective or that the anticompetitive effects nonetheless outweigh the procompetitive virtues. The ultimate issue, then, is whether the restraint's anticompetitive effect substantially outweighs the procompetitive effect for which the restraint is reasonably necessary.)

第二部分：包罗性企业行为



第四章

大的也可以是美的

大的也可以是美的，这不会错——人们买车要买大厂生产的，买楼要买大开发商盖的，购物要跑到大商场去。事实上，不仅不可能错，甚至还有点因果倒置——要不是很多人选择了大公司、大地产商和大商场的产品和服务，它们又怎么可能大起来？是的，唯一例外，就是在中央指令下强扭出来的怪物了。

要谈反垄断，就得谈“大的也可以是美的”。可是，我们并不需要把笔墨花在摆事实上，因为事实早就摆在每个人的面前，使那些论证“只有小的才是美的”的理论变得苍白无力。值得深入研究和解释的是，在企业的规模问题上，究竟有哪些因素使“大”变成“美”呢？两百多年来，我们至少知道了五个理由。

第一，斯密（A. Smith）说的：大，使巧成为可能。《国富论》开篇就有一段关于造针工场的描述^①：一个不熟练且不懂使用机器的工人，造针的日产量一般只是一根，怎么也不超过一打；而若把造针的工序细分至十八道，辅以机器的帮助，那么

^① 参见 Smith, Adam. *The Wealth of Nations*. The Modern Library, 2000. at 7.

即使只雇上十个工人,个别工人同时负责几道工序,人均日产量也能达到四千八百根。斯密的解释是:规模使分工成为可能,而分工又使熟能生巧成为可能。一个“巧”字,把后代涌现的所有科技、创新、工艺和管理手段都概括了。

第二,是阿尔钦(A. A. Alchian)和德姆塞茨(H. Demsetz)说的:团队(teamwork)能无中生有。众所周知,诺贝尔经济学奖得主科斯(R. H. Coase)的著名提问是:人们为什么要放弃在市场上出售资源的自由,转而缔结企业并服从其内部指令来进行生产和贸易?科斯自己提供的答案是:为了降低交易费用^①。阿尔钦和德姆塞茨则更胜一筹,给出了更一般的

^① 参见 Coase, R. H. . "The Nature of the Firm." *Economica*, 1937, 4(16), pp. 386 - 405. "我们的任务是努力探索在一个分工和交易的经济体内为什么会出现企业。……建立企业之所以有利可图,主要的原因似乎是运用价格机制是有成本的。……然而,运用价格机制可能还有另外一个缺点或者说是成本。订立某种商品或某项服务的长期供应合同,可能是可欲的。这可以是由于订立长期而不是若干短期合同,就可省去逐次订立合同的成本。因此,企业就有可能在那些超短期合同不尽如人意的地方应运而生。" ("Our task is to attempt to discover why a firm emerges at all in a specialized exchange economy. . . . The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. . . . There are, however, other disadvantages-or costs-of using the price mechanism. It may be desired to make a long term contract for the supply of some article or service. This may be due to the fact that if one contract is made for a longer period instead of several shorter ones, then certain costs of making each contract will be avoided. . . . A firm is likely, therefore, to emerge in those cases where a very short-term contract would be unsatisfactory. ")

回答:团队能无中生有,带来比它逐个成员带来的效益之和还要大的效益^①。比如说,十个运动员结成一支球队,其战斗力就远远

① 参见 Alchian, Armen A. and Demsetz, Harold. "Production, Information Costs, and Economic Organization." *The American Economic Review*, 1972, 62(5), pp. 777-95. "两个人把重物搬上卡车。只凭每天搬运的总重量,是不可能求出个人的边际生产力的。在团队作业的情况下,很难仅仅靠看总产量来界定或判断个人对合作投入而得到的产出的边际贡献是多少。产出既然是团队作业的结果,也就当然不仅仅是各个成员独自的产出的累加之和。要进一步完善[科斯的]理论,就必须知道企业究竟是指什么,并解释在什么情况下,‘管理’资源的成本,比通过市场交易来分配资源的成本较低。……对结队生产的考虑,计量产出带来的困难,还有偷懒的问题,都是我们对问题的解释中的要素,但就我们所知道,科斯的理论都没有包含这些要素。科斯的理论发展到目前的阶段为止,也只是提出说需要因地制宜地签订合约,此外就似乎别无他物了——它既没有谈及剩余索取权的状态,也没有对雇员和次级承包者的状态(以及以下列出的各种含义)作出区别。而且,雇员按长期合同受雇的情况一般都比按多次短期合同受雇的情况多的说法,也并不符合事实。" ("Two men jointly lift heavy cargo into trucks. Solely by observing the total weight loaded per day, it is impossible to determine each person's marginal productivity. With team production it is difficult, solely by observing total output, to either define or determine each individual's contribution to this output of the cooperating inputs. The output is yielded by a team, by definition, and it is not a sum of separable outputs of each of its members. ... To move the theory [of Coase] forward, it is necessary to know what is meant by a firm and to explain the circumstances under which the cost of 'managing' resources is low relative to the cost of allocating resources through market transaction. ... Consideration of team production, team organization, difficulty in metering outputs, and the problem of shirking are important to our explanation but, so far as we can ascertain, not in Coase's. Coase's analysis insofar as it had heretofore been developed would suggest open-ended contracts

超过每个运动员战斗力的加和。个人之所以要结成企业,企业之所以还要结成大企业,为的就是把这“无中生有”的潜力榨尽。

第三,也是阿尔钦等人告诉我们的:大,化解了敲竹杠(hold-up)或卸责(shirking)行为的危害。用更时髦的术语来说,是内化了外部性。例如,石油公司要租油轮来运输,而油轮公司可能会临时提价,令石油公司措手不及。石油公司要是把油轮买下来,按公司内部业务来运作,就可以避免被敲竹杠的风险,而企业也因此变大。换句话说,在被敲竹杠的可能性始终存在的情况下,横向或纵向扩大公司规模,有助于降低风险,使企业生存下来^①。

but does not appear to imply anything more-neither the residual claimant status nor the distinction between employee and subcontractor status (nor any of the implications indicated below). And it is not true that employees are generally employed on the basis of long-term contractual arrangements any more than on a series of short-term or indefinite length contracts.”)

① 参见 Klein, Benjamin; Crawford, Robert G. and Alchian, Armen A., “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process.” *Journal of Law and Economics*, 1978, 21 (2), pp. 297 - 326. “本文的分析主要依据这样一个假定,即当资产的用途越是变得专门化,而可分配的准租值越大(以致见风使舵行为带来的潜在收益增大)时,签订合同的成本总的来说会上升,以致超过垂直整合的成本。这样,在其他条件不变的情况下,我们就能观察到垂直整合的现象。”[The crucial assumption underlying the analysis of this paper is that, as assets become more specific and more appropriable quasi rents are created (and therefore the possible gains from opportunistic behavior increases), the costs

第四,是由几位至今仍活跃在反垄断领域的经济学家,包括两位阿尔钦的学生,在二十年前解释清楚的:大,可以产生“网络效益”^①。所谓“网络效益”,是指网络的规模越大,构成

of contracting will generally increase more than the costs of vertical integration. Hence, ceteris paribus, we are more likely to observe vertical integration.] 以及参见 Klein, Benjamin. “Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited.” *Journal of Law, Economics, & Organization*, 1988, 4 (1), pp. 199 – 213. “由于企业的组织资产的所有权得到改变,垂直整合带来了更大的灵活性,避免了这种由于合约产生的敲竹杠的可能性,从而显著地节省了交易费用。”(Vertical integration, by shifting ownership of the firm’s organizational asset, creates a degree of flexibility and avoids this contractually created hold-up potential, thereby resulting in significant transaction cost savings.)

① 参见 Katz, Michael L. and Shapiro, Carl. “Network Externalities, Competition, and Compatibility.” *The American Economic Review*, 1985, 75 (3), pp. 424 – 40. “有许多产品,每个用户从中取得的效用,会随着用户数量的增大而增大。”(There are many products for which the utility that a user derives from consumption of the good increases with the number of other agents consuming the good.) 以及参见 Liebowitz, S. J. and Margolis, Stephen. “Network Effects and Externalities,” M. M. J. Eatwell and P. Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, 2000. “例如,随着传真机的普及,你的传真机的价值也增加了,因为它越来越有用了。原则上,消费者享受到的价值可以分成两个组成部分。第一部分是我们在别的地方常说的自身价值,即使没有其他人在用这个产品,它也具有的价值。第二部分就是我们所说的同步价值,即由于可以与其他用户互动而带来的额外价值,而这第二部分的价值,就是网络效应的本质所在。”(As fax machines increase in popularity, for example, your fax machine becomes increasingly valuable since you will have greater use for it. This allows, in principle, the value received by consumers

网络的每个点所享受的价值也越大的现象。例如，语言、流行歌曲、时装、电视连续剧、电话网络和计算机操作系统，其巨大的价值都不仅来自于其自身的功能和服务，而更重要的是来自其使用者或消费者的数量及其结构。这是说，“大”本身就是重要的价值来源。

第五，是最近由作家安德逊(C. Anderson)生动解释、而实际上早就存在的现象：大，可以产生“长尾效应”^①。所谓“长尾效应”，是说只要商家出售的商品种类够多，那么即使每种商品都只有很少人买，他也仍然能获得巨大的利润。相比之下，在小规模的商业模式中，商家出售的商品种类不算太多，而每种都必须吸引较多的顾客。一个直观的例子是：在同一个城市里，如果开一百家散布各区的便利店，那么每家店就都只能卖相同的、最受欢迎的一千种商品；但如果改开一家大超市，那它就可以卖上十万种商品。即使每种商品的销量都比便利店的小，大商场也能经营下去。这是说，大企业能提供小企业所吃不消的极端多元化。

to be separated into two distinct parts. One component, which elsewhere we have labeled the autarky value, is the value generated by the product even if there are no other users. The second component, which we have called synchronization value, is the additional value derived from being able to interact with other users of the product, and it is this latter value that is the essence of network effects.)

① 参见 Anderson, Chris. “The Long Tail,” *Wired*, Oct. 2004.

基于这五种因素，选择企业的规模，就往往不是“可大可小”，更不是“宁小勿大”，而是“非大不可”的问题了。令人遗憾的是，学者总是比实干家后知后觉！现实中该怎么干，实干家早就“知其然”，早就懂得把企业做大了；但在象牙塔里，学者要“知其所以然”，则往往滞后几十年甚至上百年。更令人遗憾的是，学者的发现，要经过推敲和考证，再传到搞政治的国会议员那里、传到为私利而营役的官僚那里、传到不懂经济的法官那里，就得花更长的时间。

这里还不得不谈及一个观念，即企业赚钱意味着什么？企业赚钱意味着企业对全社会作出了贡献。赚得越多，贡献越大。即使是国有企业或行政垄断的行业，它赚钱也仍然意味着对社会作出了贡献。经济学家反对国企，或者反对行政垄断，并不是反对它赚钱，而是认为若能开放行业准入限制，则能使更多的自由企业赚更多钱。

假如是相反，假如企业亏损才是社会的福祉，则那样的目标不仅很容易实现，而且其后果将是万劫不复的。人类社会并非没有大规模地搞过那样的实验。然而，很多人还没意识到这一点，或者容易忘记这一点。企业赚钱，在他们看来是邪恶的。他们唾弃“企业利润”，认为利润源于掠夺，而掠夺得越多的企业，就越有义务回馈社会。这种误解普遍存在，加深了反垄断立法者和司法者对成功大企业的敌意。

由于（上章谈到的）立法者和司法者从来就没有搞清楚过反垄断法究竟要反什么，由于企业为什么需要做大的市场机

制,毕竟经过了漫长的探索才为人所了解,也由于流行的意识形态中对企业利润有挥之不去的仇视,自反垄断法实施开始,企业的规模,即“大”——不论靠自身长大或购并长大——就一直是其头号“靶子”。以下将陆续讨论因上述五种因素做大的企业遭受反垄断困扰的案例,而首先要介绍的,是一个纯粹因“大”而发起、在国内似乎总被笼统引用,而其真正的启示却被忽略甚至歪曲的大案——美国铝公司案。

第五章

把握商机就是企图垄断

反垄断案例总给人以启示,但若只看起诉原因和判决结果就谈启示,便失之草率。诸如“某年美国政府控告某公司企图垄断或进行不正当竞争,最终被法官判决分拆或罚款,这表明反垄断法把公平竞争和消费者利益放在首位”式的心得体会,常见于介绍国外反垄断案例的文章中,但这种没有细节的介绍,无法让人了解真相,更无法让人汲取经验。

我不是判例法的忠实拥趸。在成文法和判例法孰优孰劣的问题上,我没有肯定的答案。有些学者,如波斯纳(R. A. Posner),认为判例法能让法律朝着“效率改善”的方向演化,但也有另外一些学者^①,如塔洛克(G. Tullock),对判例法批评有

^① 参见 Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown, 1973. at 23. “这一理论是说,普通法最适合(但并非最完美地)被看作是一个谋求社会财富最大化的系统。与判例法相对的条文法和宪法,从提高效率的角度看就相对较弱;但尽管如此,这些法律也充满了从经济角度的考虑,也都可以通过经济分析得到阐释。”[The theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society. Statutory or constitutional as distinct from common law fields are less likely to promote efficiency, yet even they, as we

加^①。但不管怎样，判例法的魅力之一，在于法官在判决时把想法详尽地写下来，即时公布，后人得以不停地咀嚼，从而既学到什么是对的，也学到什么是错的。

现在介绍一宗企业纯粹因“做大”而被告的重要案件——美国铝公司案^②。1937年美国联邦政府控告美国铝公司涉及近140项反垄断违法行为。经过4年时间、传召了155名证人、安排了1803次展示和写下了58,000页法庭文件后，地区法院法官除对其两项罪名持保留意见外，推翻了他全部指控，认为谢尔曼法第二条（禁止“垄断或企图垄断”）不适用于该公司的商业行为^③。

政府不服，本来要打上最高法院，但由于高院有四位法官以前都曾帮政府告过铝公司，产生角色冲突，所以无法成团审案。结果，国会授权一个地位较最高法院低的上诉法庭对案件作终审，而撰写终审判词的是法官汉德（L. Hand）。读过侵权法（tort law）的人没有不知道汉德的，因为他发明了大名鼎鼎的“汉德公式”（Hand Formula）^④。这是说，汉德法官并非等闲之辈，即使不审铝

shall see, are permeated by economic concerns and illuminated by economic analysis.]

① 参见 Tullock, G. . “On the Efficient Organization of Trials.” *Kyklos*, 1975, 28, pp. 745 – 62. 以及参见 Tullock, Gordon. “Juries,” P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Palgrave Macmillan, 1998.

② *United States v. Aluminum Company of America*, 148 F. 2d 416 (1945).

③ 参见 Armentano, Dominick T. . *Antitrust and Monopoly : Anatomy of a Policy Failure*. New York: Holmes & Meier, 1990. 第100 – 112页。

④ 参见 *United States v. Carroll Towing Co.* , 159 F. 2d 169, 1947.

公司案，他也照样名垂青史。

案子得从这里开始介绍：人类认识铝土有两百年以上的历史，但掌握去除氧成分而制成铝锭的技术是在 1886 年。发明这个技术的人在 1889 年取得专利，并授权美国铝公司使用。另外有人取得了一项熔铝的技术专利，也授权给铝公司。于是，铝公司就凭专利垄断了铝锭的生产。1909 年两项专利期满后，铝公司继续致力研发，到 1937 年被控告时，由于美国国内并没有出现竞争对手，铝公司仍占近 90% 的市场。

铝公司多年垄断和持续研发的后果，是铝锭产量大增和价格大跌。从产量上看，日产量从 1889 年的 50 磅，持续上升到 1897 年的 8000 磅。从价格上看，每磅价格从 1887 年的 5 美元，持续下跌到 1937 年的 22 美分。是什么因素使得铝公司做大？是从无到有的知识、是专利到期后的持续研发、是对设备的重大投资和极具竞争力的定价。地区法院正是根据这些事实，把政府控告铝公司的上百条罪名逐一洗脱，但终审的汉德法官却根据同样的事实，判定铝公司违反了谢尔曼法的第二条关于“进行垄断和企图垄断”的禁令。

汉德是怎么说的呢？首先，他纠正了一个错误，即把铝公司的市场占有率，从地区法院估算的 33% 调高到 90%。汉德的理由是：应该把二手铝锭的市场排除在外，因为市场上待售的二手铝锭，当初大部分也是铝公司生产的。汉德是正确的。这正如说三菱吉普占有了三菱吉普 100% 的市场一样。即使市场上有旧三菱吉普待售，也还是三菱公司制造的。

然而，世上本没有铝锭，是两项专利带来了铝锭的商业化生产；世上本没那么多和那么便宜的铝锭，是持续研发和大规模投资，才带来了扎眼的铝锭市场。不靠兼并和吞噬，只靠自身的实力发展壮大，市场占有率即使是 90% 而不是 30%，那又怎样？难道那就犯法了？答案是肯定的。且听汉德法官解释：

“我们已经提到，若把铝锭二手市场排除在外，并把铝公司生产的所有铝锭考虑在内，那么铝公司的市场占有率是 90%。这样的占有率足以构成垄断。若是 60% 或 64% 的话就还存有疑问，而 33% 就肯定不是垄断。”——这是汉德论证的第一步，即确认铝公司在市场中具有无可争辩的垄断地位。接着，汉德论证第二步，即在市场中具有垄断地位的企业，再试图取得垄断地位，就是非法的。

汉德继续写道：

“铝公司在 1940 年的市场地位，并不是在它不愿意看到竞争对手受到排挤的情况下，被动地从其垄断地位中得到的。它在 1912 年有两间工厂，产量不足 4200 万磅；但到 1934 年，它却有 5 间工厂，产量达 3.27 亿磅。这种增长和持续不受干扰的控制能力不是从天而降的。若非决意维持垄断，绝不可能出现这

样的结果,而这结果已经成为现实。”

“诚然,这家公司激发了需求,开拓了金属的新用途。但是,它也从未停止确保自己有能力去满足它所激发出来的需求。这是不容争辩的——铝公司在表明‘自己是通过技术、努力和创新精神来开展业务,从而以公平的手段取得成功,所以应该得到赞许而不是遭到分拆’的时候,就说明它承认了这一点。”

“谁也没有逼它在还没有其他人进入这个行业前,就不断把规模翻倍再翻倍。它坚称自己从不排斥对手,但它坐拥技术优势、贸易渠道和人力精英,从不放过初露萌芽的机会、总是用新规模来面对新对手,我们想不到有什么比这更能有效排斥对手了。……要不这么理解‘排斥对手’的含义,法律就会受到阉割,本来要去阻止的结盟就会被放任。”^①

^① 参见 *United States v. Aluminum Company of America et al.*, 148 F. 2d 416 (1945). 汉德法官判词的整段原文为:“假如把 1940 年美国铝公司的市场地位,看成是它被动地受益于专利垄断,后来又由于自动运行的经济力量,只能袖手旁观竞争者日益减少的结果,那就完全错了。早在 1909 年,当它最后一项专利垄断到期时,它就已经试图通过非法的行为来强化它的市场地位。其所作所为至少持续到 1912 年。在那一年,它在纽约有两座厂房,其产量是 4200 万磅铝锭;1934 年,它有 5 座厂房(原来的两座扩大了,还有一座在田纳西,一座在北卡罗莱纳,一座在华盛顿),产量增加到 3.27 亿磅,提高了几乎 8 倍。与此同时,在美国生产

铝锭的只此一家。这种扩张,这种对市场不受干扰的控制,并不是从天而降的馅饼。很显然,它本来不该做到这个地步。这个结果只能是出于一个原因,而且恰恰就是这个原因,那就是毫不松懈地追求控制权,那在1912年它就坐享的控制权。曾经有一两次,有人有始无终地试图进入市场,但美国铝公司眼疾手快,有效地阻止了所有的竞争,并独自成功地保住了市场。诚然,这家公司激发了需求,开拓了金属的新用途。但是,它也从未停止确保自己有能力去满足它所激发出来的需求。这是不容争辩的——铝公司在表明‘自己是通过技术、努力和创新精神来开展业务,从而以公平的手段取得成功,所以应该得到赞许而不是遭到分拆’的时候,就说明它承认了这一点。我们不应该指控它在1912年后的行为有任何道德上的疏忽,我们可以假定它为自己申辩的一切都是属实的。唯一的问题是,它的行为是否落入了豁免的范围,即对那些自己并没有刻意去追求但不可避免地控制了市场的人作优待处理的范围。看来它自己的声明就对这个问题给出了否定的答案。始终预见到铝锭需求的增长,并做好供应的准备,这并不是什么不可避免的事情。谁也没有逼它在还没有其他人进入这个行业前,就不断把规模翻倍再翻倍。它坚称自己从不排斥对手,但它坐拥技术优势、贸易渠道和人力精英,从不放过初露萌芽的机会、总是用新规模来面对新对手,我们想不到有什么比这更能有效排斥对手了。除非我们把‘排斥对手’的含义作限制,使诚实的劳动不包括在内,而仅指抑制竞争的欲望,美国铝公司所不知疲倦地追求的事业,才会不被看作是‘排斥性的’。我们的观点是,假如这样来限制‘排斥对手’的含义,法律就会受到阉割,本来要去阻止的结盟就会被放任。”[“It would completely misconstrue ‘Alcoa’s’ position in 1940 to hold that it was the passive beneficiary of a monopoly, following upon an involuntary elimination of competitors by automatically operative economic forces. Already in 1909, when its last lawful monopoly ended, it sought to strengthen its position by unlawful practices, and these concededly continued until 1912. In that year it had two plants in New York, at which it produced less than 42 million pounds of ingot; in 1934 it had five plants (the original two, enlarged; one in Tennessee; one in North Carolina; one in Washington), and

its production had risen to about 327 million pounds, an increase of almost eight-fold. Meanwhile not a pound of ingot had been produced by anyone else in the United States. This increase and this continued and undisturbed control did not fall undesigned into 'Alcoa's' lap; obviously it could not have done so. It could only have resulted, as it did result, from a persistent determination to maintain the control, with which it found itself vested in 1912. There were at least one or two abortive attempts to enter the industry, but 'Alcoa' effectively anticipated and forestalled all competition, and succeeded in holding the field alone. True, it stimulated demand and opened new uses for the metal, but not without making sure that it could supply what it had evoked. There is no dispute as to this; 'Alcoa' avows it as evidence of the skill, energy and initiative with which it has always conducted its business; as a reason why, having won its way by fair means, it should be commended, and not dismembered. We need charge it with no moral derelictions after 1912; we may assume that all it claims for itself is true. The only question is whether it falls within the exception established in favor of those who do not seek, but cannot avoid, the control of a market. It seems to us that that question scarcely survives its statement. It was not inevitable that it should always anticipate increases in the demand for ingot and be prepared to supply them. Nothing compelled it to keep doubling and redoubling its capacity before others entered the field. It insists that it never excluded competitors; but we can think of no more effective exclusion than progressively to embrace each new opportunity as it opened, and to face every newcomer with new capacity already geared into a great organization, having the advantage of experience, trade connections and the elite of personnel. Only in case we interpret 'exclusion' as limited to manoeuvres not honestly industrial, but actuated solely by a desire to prevent competition, can such a course, indefatigably pursued, be deemed not 'exclusionary.' So to limit it would in our judgment emasculate the Act; would permit just such consolidations as it was designed to prevent. "]

读者朋友,这就是名言“反垄断法不反对垄断(名词),但反对进行和企图垄断(动词)”的来历。我曾经见过不少人引用这句话。那些知道来龙去脉的人,往往坦言自己根本不懂它什么意思;而显然不知道的人,则往往表示他们是懂的。(注:此案以铝公司提交股权分拆方案并为法院接受而告终。)

第六章

勾结定价如何可能

上章谈了“反垄断法不反垄断、只反企图垄断”之说的由来。说它“莫名其妙”，其实是委婉地说它“荒谬透顶”。这种貌似高深的一语双关，诸如“本法禁止某某垄断行为，但若它确实有助提高效率，便不属垄断行为”式的条文和论断，在反垄断实践中随处可见，常被称为“反垄断双语”（double-talk）。这不仅说明反垄断法还拿不准究竟要反什么，更说明大玩文字游戏是反垄断司法的特征。文字游戏给释法者、兴诉者和辩护者平添收入，代价则由全社会承担。中国将推出的反垄断法能否免落俗套？拭目以待吧！

前面介绍过靠专利和研发等自身力量做大（by internal growth）的美国铝公司如何获罪，假如还有人对它抱有同情，那么接下来要讨论的，就是更少人同情和理解的商业现象，包括企业间的横向价格联盟、纵向价格联盟、拒绝与第三方交易的合约，以及企业集中兼并等等。本章先谈第一项，即“横向勾结定价如何可能”的问题。

一间女生宿舍，住着八个女孩，相貌性格各个不同。设想其中一位倡议道：“瞧那帮在楼下转悠的臭男生！不能轻易让

他们得逞。咱们约定,不上五百块钱的晚餐,不管约谁,谁都不去!”——这就是“卡特尔”。经济学问题是:(1)这联盟对谁有利?对谁不利?(2)若整个宿舍的女生都参加,结果如何?若全校女生都参与,结果又如何?(3)这约定能守得住吗?(4)那些虽然加入,但感觉对自己弊大于利的成员,有何办法绕开?

关于“卡特尔”(cartel)的经济分析,全在这个例子里。着眼点是组成卡特尔的商品是否同质。所谓“同质”,不仅指质量相同,还包括供应的总量、流量和成本都必须相同或非常接近。男女同工不同酬,为什么?原因之一,是女性即使跟男性一样能干,但由于生理和生育等原因,其劳动力供给的流量仍不如男性稳定的缘故。

换句话说,只要供应者的商品(包括劳动力和女人味)是异质的,那么使其利润最大化的最佳定价就不相同,价格同盟便难以为继。若非要把定价不该相同的商品捆起来,以相同的价格出售,那么不在联盟之列,故能合理定价的商品就会卖得更好;而在联盟之列的商品,若偷偷逃离联盟,也会卖得更好。诸位不难以此原理,分析前面的“姐妹联盟”。

那些认为“只要涨价就对供应者有利”的观点,以及认为“若需求缺乏弹性,供应者就会不断涨价”的观点,显然都是错的。不管供应者是不是垄断,也不管需求有没有弹性,每个供应者的最佳定价只有一个。再高再低都会降低他的收益。因此,即使每个成员都答应遵守价格同盟的条款,他们也仍有强

烈的动机，去设法调整供应的质量和数量，从而绕过对自己不利的约定价格。

要以消除竞争为目的而结盟，必须满足以下条件：(1)必须确认所有潜在的竞争者，然后尽量把他们包罗进来；(2)必须对产量、流量、价格、质量和服务逐一作精确定义，然后让每个成员就其中每个细节都达成共识；(3)必须建立监督违规行为的机制；(4)必须对违规者处以足够力度的处罚。这些条件中任何一条得不到满足，价格同盟就随时会分崩离析。

正因如此，为了消除竞争而进行结盟，比一般人以为的要困难；而已经结成的同盟，若要守住一个不为市场所接受的，因此也不为部分成员所接受的价格，就是难上加难。两个供应者的结盟如此，多个供应者构成的联盟就更是如此。

但是，市场上还有另外一类结盟，其目的不是为了消除竞争，而是为了提高效率。这种有益的结盟，却往往被人忽视。典型的例子是律师事务所。一般人会认为，律师事务所是一家企业，但它恰恰就是多个本来可以独自开业的律师，由于认为结成团队对他们更加有利，而通过缔结价格同盟而形成的。如果说价格同盟或勾结定价必然有害，那反垄断执法者首先就应

该去控告多合伙人的律师事务所^①。幸好他们没这么做。但

① 参见 Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978. 第 265 页：“在许多人看来，合伙制或合资制并不涉及价格和市场协议。但许多合伙制恰恰就是以这种协议建立的，而我们也承认这样做的经济作用。典型的律师合伙制，就是最为人熟悉的例子。律师事务所是由众多律师组成的，他们本来是会互相竞争的，但他们却为了更有效地运作，反而要减少对抗，并整合他们的工作。通常，不仅是合伙人和助手们不得私自接受法律业务，事务所也得在价格锁定（price-fixing）和市场分割（market-division）协议的基础上运作。合伙人约定各成员及其助手的服务价格（这就是价格锁定），而且，他们在专业分工领域和对特定顾客所应负的责任方面（这两者都是市场分割的实例）也存在默契，即使这种默契可能只是心照不宣……没人会说，纽约的一个律师事务所锁定了价格，或为了限制产出对专业分工和客户群施加控制。每个事务所都面临成百上千个事务所的竞争，限制产出的说法根本站不住脚。反之，倒可以说这是因为合伙人相信这种合约能使事务所提高效率。于是，我们便面对这样一种情形，即锁定价格和分割市场的约定有助于提高效率，而它们肯定是不应该被视作非法的。”[“Many people seem to think that the formation of a partnership or joint venture somehow does not involve an agreement on prices and markets. Yet many partnerships rely upon just such agreements, and we recognize their economic utility. The typical law partnership provides perhaps the most familiar example. A law firm is composed of lawyers who would compete with one another but who have instead eliminated rivalry and integrated their activities in the interest of more effective operation. Not only are partners and associates frequently forbidden to take legal business on their own . . . but the law firm operates on the basis of both price-fixing and market-division agreements. The partners agree upon the fees to be charged for each member's and associate's service (which is price-fixing) and usually operate on a tacit, if not explicit, understanding about fields of specialization and primary responsibility for particular clients (both of which are instances of

这也不禁令人联想到:在反垄断法看来,企业之间不准做的事情,在企业内部是不是就准做了呢?是。这个话题将在关于“企业边界”的部分讨论。

更讽刺的是,大量本不可能成功的价格同盟,恰恰是由于政府支持,才得以长期维系。在美国,从酒类贩卖、行医制药,到牛奶、花生、葡萄、烟草、棉花的生产,一概由受政府支持的卡特尔操纵。工会则更典型。美国许多州的工会暴力活动(大部分针对替补工人而非雇主或管理人员),都受到法律的偏袒。美国最高法院 1973 年的一项判决指明,假如为了追求合法的工会目标,诸如提高工资等,工会采取的暴力行为就能够获得豁免,而这些暴力行为本来是会遭到州的法律的制裁的^①。

market division). . . . Nobody supposes that a law firm in New York fixes its fees or controls specialization and client contacts for the purpose of restricting output. Each firm faces the rivalry of scores or hundreds of other firms, so that output restriction is not a tenable hypothesis. The alternative hypothesis is that the partners believe the agreements make the firm more efficient. We have, therefore, a very common situation in which agreements fixing prices and dividing markets contributes to efficiency and certainly should not be held illegal.”]

① 参见 *United States v. Enmons*, 410 U. S. 396 (1973). [判决提要:霍布斯法案——它规定通过抢劫和勒索来阻碍州际贸易的行为属于联邦刑事犯罪——并不适用于为了达到合法的工会目标而进行的暴力行为(它们根据州的法律本该受到惩罚),这些工会目标包括要求加薪以作为向雇主提供其需要的真正服务的交换。][*syllabus*: The Hobbs Act, which makes it a federal crime to obstruct interstate commerce by robbery or extortion, does not reach the use of violence (which is readily punishable under state law) to achieve legitimate union objectives, such as higher wages in return for genuine services that the employer seeks.]

司法者相信,只有这样,才能确保工会的谈判力不受影响。很自然地,在美国,工会是不受反垄断法约束的^①,理由是劳动力不是商品。有人会问:旨在阻止对手增产和降价的价格同盟,究竟合不合法?答案是:有政府参与,就合法;没有政府参与,就可能非法。

勾结定价如何可能?首先,不是由于当事人见了面、开了会、通了话或交换过眼色,就能使勾结成为可能。法庭确实采用过“侦察意图”的手段。从经济学观点看,那是完全迷失了方向。勾结定价有其自身的天然障碍,成功与否与当事人的意

① 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill.: Section of Antitrust Law ABA, 2007. 第 1445 页:“根据条文法的和非条文法上的豁免条例,某些涉及劳动力的合约和行为,是不受反垄断法约束的。条文法上的豁免条例规定,只要工人不与其他非劳工组织联合,工人是可以组织起来以便削弱他们之间的竞争,并追求他们合法的劳动权益的。非条文法上的豁免条例,则适用于雇员或其劳工组织与雇主或其他非劳工实体之间的协议或联合行动,条件是这些协议或行动有助于达到国家劳工政策的目标,且对商业市场不会产生不必要的反竞争效果。”(Certain agreements and activities involving labor are immune from the antitrust laws, based on statutory and nonstatutory exemptions. The statutory labor exemption enables workers to organize to eliminate competition among themselves, and to pursue their legitimate labor interests, so long as they do not combine with a nonlabor group. The nonstatutory labor exemption applies to agreements or concerted action between employees or their labor organizations and employers or other nonlabor entities where the agreement or action is appropriate to achieve the objectives of national labor policy and does not have an unwarranted anticompetitive impact on the business market.)

图无关。供应者之间缔结价格同盟的尝试本身是无害的。不应混淆“动机”、“尝试”与“效果”。商人的“动机”都是一样的,“尝试”都是中性的,“效果”则是由市场来显示的。价格同盟可能会成功,如存活的律师事务所,那它就是有效的;也可能不成功,那它就会自动瓦解。同时,社会上存在许多免受市场检验、本来很可能会瓦解、实际却顽固维持的价格同盟,那就是由政府出面支持的卡特尔。这是说,对于被市场淘汰的勾结,反垄断法是多此一举;对于被市场认可的勾结,反垄断法是错杀良民;而对于被政府保护的勾结,反垄断法则无能为力。

第七章

似乎有勾结

两只老鹰在飞翔，一只飞到哪里，另一只就跟到哪里。根据这个事实，你说它们有没有“勾结”？反垄断执法者会说：“即使没听到它们在交谈，也可以肯定它们有勾结，否则为什么始终保持一致？”有趣的是，若我们再看宽广一点，看到地上有只兔子在山丘之间奔突，你恐怕会恍然大悟：不管老鹰之间是否有交谈，它们其实都只是跟着兔子在调整方向！

这是事情的微妙之处。光看两只鹰有没有耳语，或光看它们方向是否一致，你即使取得“确凿证据”，也仍可能忽视了更核心的图景——兔子的引领。同样道理，反垄断执法者不管怎样去追究供应者的谈判、合作和合并模式，也不应该忽略最核心的规律——供应者的行为永远是被需求者的意愿牵引的。

轰动一时的“电器供应商勾结案”，正是个典型例子。1961年，包括通用电气（GE）在内的多家电器公司，被判犯有“抬高、锁定和维持”其产品价格的反垄断罪行，涉案金额达每年17亿美元。结果，7名企业高管入狱，23人缓刑，而相关企业不仅被罚200万美元，还在后续的诉讼中付出数倍于罚款的

赔偿^①。

怎么回事? 多家电器公司长期生产数以万种电器产品。由于很多型号是标准化的, 所以价格不仅接近甚至相同。这时, 通用电气公司宣布对它生产的一款电表降价 30 美分, 西屋电气公司 (Westinghouse) 不久也跟随降价。这便引起了反垄断部门的注意, 进而引发了这宗官司。在案件的审理过程中, 西屋公司的副总裁是这样交代的:

“我们这款电表是标准化的, 就是家家户户门外都装的那种。它已经生产 75 年了, 价格一直是 16 美元左右。我们本来不想降价, 因为刚做了改良。但当一家对手 (通用电气) 宣布降价 30 美分后, 我们意识到可能留不住客户了。有许多客户还找上门来, 说只有降价, 他们才肯继续买我们的产品。”

通用电气 (GE) 的总裁则交代:

“人们认为价格一致说明缺乏竞争。恰恰相反, 这正是竞争的结果。竞争要求每个供应商都提供标准化的产品, 并以市场上出现的最低价格出售。供应商如果要生产数量大而且是标准化的产品, 那他就不能把价格定高, 否则就得关门大吉。如果你的产品包含的增值服务不为顾客所接受, 那么顾客只会掉头就走。”

① 参见 Armentano, Dominick T. . *Antitrust and Monopoly : Anatomy of a Policy Failure*. New York: Holmes & Meier, 1990. 中第 148 页所引用的 *City of Philadelphia v. Westinghouse Electric*, 210 F. Supp. 483, 1961. 的判词。

在另一个听证会上，一名参议员则与西屋总裁展开了针锋相对的答辩。

参议员问道：

“你们是独立定价的吗？”

西屋总裁答：

“是的。”

参议员追问：

“是你们算出这个价格的？”

总裁答：

“是通用电气降价，我们于是跟上。”

参议员说：

“就是你们照抄通用的价格了？”

总裁答：

“不是，而是我们跟上去。既然那是市场最低价，我们就得跟上。”

参议员：

“你都不知道自己会不会赚钱，就跟上去？”

总裁：

“我们的方针是跟上价格，即使亏本也得跟上，否则就连

企业的经常性开销(overhead)也赚不回来。”^①

这里,三位企业高管解释并强调的,是他们在真实市场中面临的真实约束,是他们为了生存而沿用的迎战策略。但反垄断官员和法庭看重的,是另外两个不容否认的事实,即这些企业的经理确实定期举行关于定价的洽谈会议,以及这些企业的产品定价确实长期非常接近甚至完全相同。在他们看来,这两个事实本身,就足以说明相关产品的价格被刻意“抬高、锁定和维持”,就足以说明竞争受到抑制,足以说明消费者的权益受到侵害。不出意料,法官最后正基于这两个事实,认定相关人员和企业违法。

我们要说的是:假如反垄断法采用“本身原则”,规定不同公司的营销人员聚在一起讨论价格本身就是违法的,或不同公司的产品标价只要相同就是违法的,那么此案没有判错。将来企业同行们便可引以为戒,不留下讨论价格的证据,时刻保证商品标价参差不齐。然而,我们现在要讨论的恰恰是“本身原则”是否适用的问题,即禁止企业间讨论价格,并要求企业间产品标价必须不同等反垄断规定,究竟是否建立在对市场运行机制的正确理解上,以及究竟是否会为企业同步适应市场需求设置障碍,从而干扰了企业的有效竞争,并违背了消费者的真

^① 上述整段对话参见 Ibid. 中第 151 - 158 页所引用的 Subcommittee on Antitrust and Monopoly, United States Senate Committee on the Judiciary. “Price-Fixing and Bid-Rigging in the Electrical Manufacturing Industry,” 1961.

实需求的问题。

显然,仅凭价格相同就断定缺乏竞争,那是片面的。这是因为,竞争除了可以在价格的层面展开,还可以在销量的层面展开。例如,报纸、杂志、歌曲、电影乃至书籍,其竞争者之间的价格就往往非常接近,甚至完全相同,而赢者则是靠“大销量”而不是“高价格”取胜。我们有的是畅销小说、畅销汽水和流行歌曲,却没有高价小说、高价汽水或高价歌曲。

一般地,假如消费者在某个项目上的品位五花八门,但为此愿意支付的价格相近,那么商人就得更主要地靠“量”而不是“价”来赚钱。在眼下讨论的“勾结案”中,涉案的电表是功能单一、规格维持了75年的产品,正符合这种市场的特征。更确切地说,电表的使用者是供电公司,而不是用电家庭。为了公平测量,供电公司有充分的理由采用标准化的,且此标准基本保持不变的电表。这样,电器公司从量而不从价上竞争,就更容易理解了。

从控辩记录来看,三位高管如实陈述了企业所面临的真实的竞争,并且已经清楚指出了问题的重心。但对反垄断执法者来说,这些无异于对牛弹琴。他们不仅没有意识到,企业经理是否聚会不重要,重要的是需求的特点;而且也没有意识到,他们完全颠倒了生产成本与产品定价间的因果关系。在那位参议员看来,产品的售价是由各项生产成本顺理成章地累加而成的,但在真实经济中,正是消费者能够接受的售价,通过销售和生产环节的步步反推,才决定了企业必须按照何种成本进行生

产。这一点我们已经在本书“永远从租的角度看垄断”一章中解释过。不说服法官这样看问题,会令企业蒙受沉重的损失。

基点定价(basing point pricing)是涉及价格勾结的另一类常见的商业现象。不少货物,如钢铁和木材,由于产地比较集中,分立的厂商会先把它们集中到某个固定的地点,再从那里向全国各地运送。这样的固定发货地点称为“基点”,而货物在基点的发货价叫“基点价”。接着,当货物从基点运送到各地后,要加上相应的运费,才成为当地的售价。一般地,离基点较近的地区,售价就较低;离基点较远的地区,售价就较高。

基点定价的做法,本身就引起反垄断司法者的警惕。其理由是:基点定价的安排有助于卡特尔的形成和维持。前面解释过,卡特尔要维持,就必须防止成员偷偷降价、偷偷提高产品质量或偷偷增加产量。从基点发货和在基点定价的做法,为满足这些要求提供了方便。当然,厂商未必会真的利用这些方便,就质量、数量和价格达成协议(其贬义词叫“勾结”),但他们很容易名正言顺地这样做而不被逮住。

然而,考察效果远比追究动机重要。不管商人的动机是什么,基点定价之所以能维持,是因为按基点定价的产品属于“受价者”产品的缘故。所谓“受价者”产品,就是指厂商多、销售总量大、品质标准化的产品。这些产品的厂商,自己没有能力影响市场价格,只能被动地接受市场呈现的价格,故名“受价者”。

最直观的例子就是股票的定价过程。股票交易虽然都是

在同一地点完成,但其瞬时的价格和流向,却是由世界各个角落的需求者竞价得出的。同样,假如纽约对夹板的需求飙升,那么这一需求就会传到基点,比如说是西雅图。与股票的拍卖机制一样,在西雅图的夹板基点价格就会因为由纽约传递而来的需求信息被推高。结果是:各地夹板的零售价格均被推高,而更多的夹板将运往纽约。反垄断执法者未能充分意识到的是,基点定价虽然有助于维持卡特尔,但它仍然是促成资源有效分配的一种商业安排。

关于基点定价,更有意思的还在后头。在“基点定价”形成一段时间后,有些离基点较远的厂商,也逐渐掌握了相应的技术,开始为附近的市場提供相同的产品。这意味着厂商不再集中在基点附近了。例如,远在亚特兰大的厂商也开始生产夹板了,而且质量不比西雅图周边的厂商差。顺理成章地,这些地区性厂商没有加入基点定价网,也没有把他们的产品先运到基点,再从那里把货物发回原产地销售。就是说,他们在当地生产,在当地销售。

读者会问,竞争本来就该这样,新的竞争者进入市场,有何不妥?有,这些新进入者后来惹了很大的反垄断麻烦。原来,他们在本地生产的产品,虽然并没有经过长途运输,其售价却与从基点出发、经长途运输而来的产品的售价相同。他们的定价方法引起了消费者不满,后者指责他们在售价中包含了“虚假运费”;还引起了反垄断部门的警觉,后者指责他们与基点供应商勾结定价。于是,一些地区供应商被告上法庭,结果蒙

受了重创。

在 1981 年著名的“夹板反垄断案”中,购买了夹板的消费者控告当地厂商,指责后者以“共谋价格锁定”和“包含虚假运费”的方式,不合理地提高了夹板的售价,从而对消费者造成了伤害。结果,陪审团确认了伤害,上述法院维持了地区法院的判决,即被告犯有勾结定价罪行,违反了谢尔曼法第一条。结果,原告先索赔 20 亿美元,被告后支付 1.65 亿美元,案件才以庭外和解告终^①。

动辄上亿美元的反垄断大案,其中蕴含的经济学问题其实相当简单:质量相同但成本不同的商品,标上相同的价格是否合理? 答案是肯定的。很简单,要不是这样,谁还会为降低成本操心? 新进入者肯定增加了供给,但可能还不至于使市场价格立刻下降。这时,产品定价就应该随行就市。新进入者的产品,质量没有下降,价格也没有上升,还为市场平添了一个选择,消费者“受欺骗”和“受剥削”之说又从何谈起?

不仅如此,我们还要追问:地区供应商省下的运费,或者说他们“虚报的运输成本”,流到了谁的手上? 答案是流到“租”的所有者那里去了——谁促成了新夹板的供应,谁就享受那省下的运费。他们可能是发明用当地木材加工同质夹板的科研

① 参见 Goetz, Charles J. and McChesney, Fred S. . *Antitrust Law : Interpretation and Implementation*. Charlottesville, VA: Lexis Law Publishing, 1998. 第 303 页所引用的 *In re Plywood Antitrust Litigation*, 655 F. 2d 627 (5th Cir. 1981).

人员,也可能是愿意辟出土地种植特定树木的地主,也可能是大胆引进生产线的资本家。我们不清楚具体是谁,不清楚他们确切分得多少。但那不重要,重要的是:若无权分享节省的运费,就不会有人愿意为这新的供应出力。那样,夹板供应就会仍由基点控制,结果供应会较少,价格会较高。

当生产成本较低的厂商与生产成本较高的厂商并存,并以相同价格出售其产品时,反垄断执法者认为,其中必然存在“勾结定价”或“虚报成本”的行为,于是对生产成本较低的厂商作出惩罚。结果,在边际上被挤出市场的将是生产成本较低的厂商,而在边际上受到保护并存活下来的反而是生产成本较高的厂商。相反,若听之任之,根本不作“反垄断”和“保护消费者”的干预,那么越在后来进入市场的,就必然是生产成本越低的厂商,而在边际上逐渐被淘汰出局的,则是生产成本较高的厂商。这不正是优胜劣汰的过程吗?市场竞争不正是要通过这个过程,不容争辩地确定“谁更适合做这个”和“谁更适合做那个”吗?

在一系列“基点定价”案中,看准了法律可乘之机的律师,加上总想“有所作为”的反垄断官员,再加上不懂经济学的法官,实际上联手惩罚了新进入市场的地区开发商。结果不是鼓励了竞争,不是保护了消费者的利益,而恰恰是惩罚了竞争,限制了消费者的选择。当我从经济学的角度重读案例,体会“勾结定价”问题的微妙之处时,常常禁不住抚卷兴叹:实施反垄断法和不实施反垄断法,究竟哪种结局更符合反垄断法的初衷?

第八章

为什么给零售价设下限

上一章解释了“横向”价格勾结,现在转谈“纵向”价格勾结,而以其中最典型的“零售价下限锁定”(resale price maintenance, RPM)为例。它指的是厂商把产品批发给零售商时,还附带提出零售价下限的做法。过去一个世纪,在未得到合理解释前,反垄断执法者一直对这种做法抱有深深的敌意,但现在这种态度已经发生了很大的改变。早在1911年,美国最高法院自信地根据“本身原则”裁定它违法,而今天“本身原则”已为“合理原则”代替,有关指控必须酌情考虑了。

零售价下限锁定,乍看是令人迷惑的。上游的厂商,把产品批发给零售商时,为什么要限定零售商的最低售价,从而抑制零售商之间的价格竞争呢?人们容易理解的是,零售商之间若展开价格厮杀,那么只有销售成本最低,即销售效率最高的零售商才能幸存,这将把产品的零售价推低,从而促进产品的销量。只要促进销量,上游厂商便“袋袋平安”。为什么要反其道而行,不让零售商展开价格竞争?

1911年,当最高法院法官判决“迈尔斯博士医药公司案”(Dr. Miles)时,还没有人能提出言之成理的解释。案中一家

医药公司，因为与药品零售商达成了“最低零售限价”协议而被起诉。法官写道：“这些所谓的‘零售代理’，根本就不是被告或收货方的代理，而是按计划购买药物并进行转售的购买者，即所谓的零售商人。……维持最低零售价，即使对制药商有好处，也仍然存在问题，即制药商是否有权……限制零售商把属于后者的药物拿去做买卖的自由。”由此，法官认定被告违反了谢尔曼法中关于禁止“限制贸易”的规定。因为“价格锁定”是“本身违法”，所以被告有罪^①。

我们说过，不怕法官胡思乱想，只怕没有记录在案。这种让法官把判案的理据仔细写下来的做法，是判例法的一大优点。其实不仅如此。占少数而不被采用的法官意见，也是记录在案的。霍姆斯(O. W. Holmes, Jr.)法官就在此案写下了他的反对意见。这个霍姆斯很讨厌反垄断法，他曾经说过：“谢尔曼法可真荒唐，但如果我的国家要下地狱，我就在此帮它一

^① 参见 *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company*, 220 U. S. 373; 31 S. Ct. 376; 55 L. Ed. 502; 1911. 判词原文为：The so-called “retail agents” are not agents at all, either of the complainant or of its consignees, but are contemplated purchasers who buy to sell again, that is, retail dealers. It is agreed that they may purchase the medicines manufactured by the complainant at stated prices. . . . profits, on account of the described competition, that the complainant works out its alleged injury. If there be an advantage of a manufacturer in the maintenance of fixed retail prices, the question remains whether it is one which he is entitled to secure by agreements restricting the freedom of trade on the part of dealers who own what they sell.

把”(The Sherman law is damned nonsense, but if my country wants to go to hell, I am here to help it.^①)。

霍姆斯在反对意见中写道:“被告只要稍微修改协议,就可以达到同样的目的,而任何攻击都将不攻自破。要是被告在法律上和名义上都让零售商成为它的代理,那么哪怕是热衷搞价格管制的人,也都不得不承认被告只是在行使自己的权利。我认为,只要这么想,我们就该悠着点。^②”然而,霍姆斯也只是在论证被告有权设定零售价下限,但并没有解释被告为什么要那样做。

过了8年,美国最高法院在“高露洁公司案”(Colgate)中,技术性地推翻了他们在“迈尔斯案”中建立的原则。高等法院判定,厂商有权宣布其批发商品的附带条件(包括关于零售价

① 参见 Couture, Luc-Andre. “Introduction to Canadian Federal Administrative Law.” *The University of Toronto Law Journal*, 1972, 22(1), pp. 47 - 59. 所引述的 Biddle, Francis. “The Oliver Wendell Holmes Devise Lectures 1960,” *Justice Holmes, Natural Law, and the Supreme Court*. New York: Macmillan, 1961.

② 参见 *Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons Company*, 220 U. S. 373; 31 S. Ct. 376; 55 L. Ed. 502; 1911. 中霍姆斯法官的反对意见,其原文为:In the first place by a slight change in the form of the contract the plaintiff can accomplish the result in a way that would be beyond successful attack. If it should make the retail dealers also agents in law as well as in name and retain the title until the goods left their hands I cannot conceive that even the present enthusiasm for regulating the prices to be charged by other people would deny that the owner was acting within his rights. It seems to me that this consideration by itself ought to give us pause.

下限的规定),然后随时终止与违反规定的零售商之间的交易。这无疑给“零售价下限”开了绿灯。这怎么就合法了?法院解释:因为这只是厂商单方面的行为,不涉及“协议”或“共谋”,所以不能套用谢尔曼法。于是,高露洁公司逃过了一劫^①。

又过了7年,当“通用电气案”在最高法院审理时,情况被霍姆斯说中了——那些执行“零售价下限”的所谓零售商,被证明是通用电气公司的真正代理(bona fide agents),而非独立营运的企业^②。这样,也就不存在企业之间的协定或共谋,所以被告无罪。到此,关于“零售价下限”行为的争论,仍然集中在(1)批发商和零售商有没有协定;(2)批发商和零售商是企业内部关系还是外部关系;和(3)商品究竟是代销还是购销等问题。撇开这些鸡毛蒜皮不论,关键的谜团——厂商为什么要设立零售价下限——还是没有解开。

直到1960年,芝加哥大学的泰舍尔(L. G. Telser)发表

① 参见 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300 (1919)。案中被告高露洁公司声称政府的指控只涉及“厂商所享有的指定转售价格并拒绝与任何不从者进行交易的无可质疑的权利”。言下之意,是单方面的商业行为并不属于谢尔曼法管辖的范围。地方法院支持被告的辩解,认为政府的指控并不牵涉任何合约。最高法院法官“虽然持有深深的怀疑”,但也只能依法接受地方法院的观点。

② 参见 *United States v. General Electric Company et al.*, 272 U. S. 476; 47 S. Ct. 192; 71 L. Ed. 362; 1926.

《厂商为何要公平贸易?》^①,才给出了合理的解释。一件产品,除了物理属性,还包括服务,如演示、解释、选择、定制和退货承诺等。提供这些服务有助于销售,但必然增加成本,并推高零售价。要是不规定零售价下限,那么提供服务的零售商,就会被不提供的零售商占便宜,即顾客会跑到环境舒适、提供产品演示、有售货员现场解答问题的商店选货,然后跑到不提供服务但零售价较低的商店购货。于是,谁也不愿意提供服务,结果减少了销量。泰舍尔的观点是:厂商限制零售商搞价格竞争,目的是绕过“搭便车”的困境,鼓励他们在价格以外的销售服务上竞争。

基于同样理由,批发商除了实施零售价下限,还往往会采用“划分销售区域”的策略,目的也是为了减少零售商之间的“搭便车”行为,从而激励他们提高服务质量。大家想想,虽然电视是非常有效的广告形式,但如果不存在排他性的地区总代理,那么单个零售商会去做电视广告吗?肯定不会,因为其他零售商会大占便宜。这就是“划分销售区域”的效率含义。那是从“限制贸易”的角度所无法理解的。

今天美国最高法院的逻辑是:虽然“纵向零售价格锁定”是本身违法的,但由于其他的纵向限制确实有助于刺激同行的竞争,所以除非不能通过合理原则的检验,否则就是合法的。

^① 参见 Telser, Lester G. . “Why Should Manufacturers Want Fair Trade?” *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, pp. 86 - 105.

这样便引入了“合理原则”。法庭进一步解释道：“厂商单方面的行为并辅以经过约定的非价格限制，有别于单纯的价格限定协议。这一点非常重要，因为后者是要按‘本身原则’处理并处以三倍罚款的^①。”这就是说，最高法院虽然没有公然推翻先例*，却已经明确给出了绕过先例的途径。

* 注：就在本章内容发表后一周，美国最高法院于2007年6月28日正式推翻了它在1911年对“迈尔斯博士医药公司案”(*Dr. Miles*)的判决。判词不仅详细列举了“零售价下限锁定”的一系列效率含义，还正式撤销了把同类的商业行为“按本身原则审理”的惯例。^②

① 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill. : Section of Antitrust Law ABA, 2007. 第131页: Although vertical minimum resale price-fixing agreements are condemned as per se illegal, the Supreme Court has recognized that other vertical restraints have “real potential to stimulate interbrand competition” and has deemed them unlawful only if they fail a rule of reason analysis. As the Court has observed, “it is of considerable importance that independent action by the manufacturer, and concerted action on nonprice restrictions, be distinguished from price-fixing agreements, since under the present law the latter are subject to per se treatment and treble damages.”

② 参见 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, Decided June 28, 2007.

第九章

企业合并：被误信的危害

企业合并从来就是反垄断法的重点打击对象。在 1950 年代产业经济学对合并行为作出科学解释以前，人们一方面误以为企业合并会带来严重危害，另一方面又对企业合并的经济功能缺乏认识。以下两章分别讨论合并行为被误信的危害和被忽视的功能。

我们如果要理解传统理论如何误以为企业合并行为具有危害，就必须首先介绍经济学中“受价者”（price-taker）和“觅价者”（price-searcher）的概念。

“受价者”是这样的厂商：他们面对的顾客，只能接受唯一的一个价格，而且无论购买多少，都是这个唯一的价格。如果厂商稍微提价，顾客就完全不能接受，全部跑掉；如果厂商稍微降价，顾客就会全部吸引过来，一个不少。在集中的市场上提供没有质的差别的商品的厂商是受价者，例如农贸市场里出售同种规格农作物的农民、股票交易所里出售同种股票的投资者等。

“觅价者”则是这样的厂商：他们的产品与别人的产品有差别，所以即使他们提价，也不会赶走所有的顾客，顾客的购买量只会减少一点；如果他们降价，顾客是会多买一点，但也不至

于引来全部的顾客。

这就是“觅价者”的全部特征：降价只会提高部分销量，涨价只会减少部分销量。我们所见到的厂商，大部分都是“觅价者”，包括所有的零售商店、航空公司、计算机芯片制造商、房地产开发商、电影院、唱片公司等。“觅价者”有很多别名，包括“垄断者”、“不完全竞争者”、“垄断竞争者”、“价格制定者”等等。其中有些好听一点，有些难听一点，但它们所指的都是同一个对象，即具有“降价只会提高部分销量，涨价只会减少部分销量”特性的厂商。^①

企业合并有何危害？读过一点经济学的人，似乎都可以自信地提供答案：“企业合并会立即减少行业内的企业数目，从而提高合并后的企业的市场份额。当一个企业占有较大市场份额时，它就会从受价者逐渐转变为觅价者，从而形成垄断，并藉此滥用其市场地位。”

我接着问：垄断企业如何滥用市场地位？经济学人会答：

① 参见 Schumpeter, Joseph Alois. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper, 1942. at 99, “确切地说,任何人都是垄断者,因为他们出售的东西不可能在任何方面,如包装、地点和服务项目等,都与其他人销售的东西完全一样;街上的每家杂货店、男装店,或每个有幽默感的售货员,与那些卖同一个牌子的冰激凌的销售点,都是不一样的。” (“[L]iterally anyone is a monopolist that sells anything not in every respect, and wrapping and location and service included, exactly like what other people sell; every grocer, or every haberdasher, or every seller of ‘Good Humor’ on a road that is not simply lined with sellers of the same brand of ice cream.”)

“垄断必然导致价格的提高和产量的减少。”我再问：“为什么是必然？”他们会答：“垄断之下，需求缺乏弹性，垄断者可以通过提价和减产来增加利润。如果这样，垄断者就不仅侵吞了消费者更大的利益，还空置了部分生产能力，造成社会资源的净损失 (deadweight loss)，故垄断必然导致经济低效。”

我追问：“既然需求缺乏弹性，而提价又可以增加利润，那垄断者是否会提完又提、提之不尽？”答：“不会。价格提得过高，销量就会太低，利润反而会减少。垄断者会设法把价格定在一点，即再高一点会减少利润、再低一点也会减少利润的点上，这样垄断利润就达到了峰值。然而，简单的图线即可证明，这一点也恰恰是造成产量不足和资源空置的价位。”

朋友，假如你赞成反垄断政策，又不想停留在人云亦云的层次上，而要掌握一点令人心悦诚服的硬道理，那就应该熟悉上面三段论说。那是反垄断的最强理由。是的，价格上升、产量不足和资源空置，是垄断不可饶恕的“三宗罪”。归根结底，反垄断法从“限制企业做大”、到“禁止企业勾结”、再到“审查企业合并”，一连串政策都是建立在上面三段论说上的。^①

然而，我的批评是：前面的推理没错，但它们建立在一个假设上，即垄断企业对其产品只收取划一的单价！假如垄断企业只能以划一的单价出售商品，那垄断企业确实会减少产量、提

① 参见 Harberger, Arnold C.. “Monopoly and Resource Allocation.” *The American Economic Review*, 1954, 44 (2, Papers and Proceedings of the Sixty-sixth Annual Meeting of the American Economic Association), pp. 77 - 87.

高价格和空置资源。问题是，这个假设符合现实吗？

垄断者只收划一单价的假设，纯粹就是假设。现实中，卖家都是设法针对不同的顾客，以不同价格出售其商品的。换言之，世上没有不或明或暗进行价格歧视的卖家。“多买多送”、“精装平装”、“家庭套餐”、“高峰期价格”、“会员卡”、“优惠券”、“节日特卖”等俯拾皆是的定价现象，全都包含了价格歧视的成分。一旦允许企业进行价格歧视，它们就必然增产，直到所谓的社會净损失消失殆尽为止，那么所谓“垄断三宗罪”的推演就不攻自破。

一条食街，假如允许十家不同风味和档次的餐馆互相竞争可赚取最大利润，那么即使这条食街归一人拥有，他也会仿效十个竞争者作“多元化经营”；反过来，假如这条食街只开一家餐馆才能赚取最大利润，那么即使这条街为十人分别拥有，他们最终也会合为一家作“规模经营”。要赚取一条食街的最大利润，或许要通过“多家小店竞争”，或许要通过“一家大店独营”，两种选择的优劣因时而变。但无论如何，只要允许企业进行价格歧视，那么经济效益的高低，就与企业垄断与否无关，与企业数目或其集中程度无关。

令人遗憾的是，历史上几乎所有关于“合并”或“集中”的反垄断案例和争议，都绕开了“在允许价格歧视的前提下，垄断是否还会导致社会净损失”这一核心问题。相反，注意力都集中到一些不可能有答案或即使有答案也不能推断垄断对社会有害的问题上去了。这些不着边际的问题包括：

一、合并是否会掩盖或促成勾结。在司法过程中，企业之间的勾结尚且难以确证，多家企业一旦合并为一家，奸商们关

起门来搞勾结岂不是更难侦察?出于这种古怪的逻辑,反垄断执行者对合并怀有敌意。这种敌意在前面已经剖析过了。

二、如何界定市场。市场的划定,直接影响对企业的市场份额的评判。要控告别人垄断,就得把市场划小;要替被告辩护,就得设法把市场划大。经济学者炮制过不少计算市场份额的公式。究竟市场如何划分?企业有没有边界?这些问题下章讨论。

三、如何判定垄断。还有一种似是而非的垄断判定法,是看一个企业是否可以提高了价格却不至于减少利润^①。如果

① 参见 COMM'N, U. S. DEP'T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE, "Horizontal Merger Guidelines," 1992. § 1.0. "市场的定义是,它是一种产品或一组产品,或是它生产或销售的所在地理区域,其范围则取决于这样一种测试,即假想一个追求利润最大化的企业,在不受价格管制约束的情况下,它很可能是该地区里这些商品在目前和未来的唯一的销售商,那么在假设所有其他商品的销售条款保持不变的情况下,看看这个企业是否有能力'少量但显著并非暂时'地调高其价格。" ("A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a 'small but significant and nontransitory' increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant.")也就是说,目前这种通行的界定市场范围的方式,采用了倒推的思维方式。主张这种界定方式的人认为:既然垄断者在其市场范围内是有能力"少量但显著并非暂时"地调高价格而不至于吓跑顾客和减少利润的,那么如果通过测试发现一个垄断者确实能够这样做时,那个在测试时界定的市场范围,就是划得恰如其分的。否则,如果市场范围划得过大,那么垄断者一旦"少量但显著并非暂时"地调高价格后,顾客就会转向这个市场内的其他供应商,从而使得垄断者的提价难以为继,于是间接表明在测试时界定的市场范围是过大的,需要重新划分。

能,就断定它具有垄断地位。问题是,我们已经指出,即使对垄断企业来说,能令其利润最大化的也只有特定的定价方案。假如这种方案已经在实施,那么变动价格就只会减少它的利润。这就意味着,尚在摸索最佳定价方案的企业,因为利润还有上升的余地,所以就有可能被判定为垄断;而已经在实施最佳定价方案的企业,由于利润已经达到最大,所以不管规模多大,都不会被判定为垄断。这种测试方法显然不可行。

四、是否出现提价和减产现象。一般认为,提价和减产是合并导致垄断的确证。目前的法庭技术,已经在利用复杂的回归分析,来比较企业合并对价格和产量的边际影响。问题是,即使合并导致了提价和减产,也仍然可能是资源被挪用到其他价值更高的用途上而导致的。我常举的例子是,假如铁路客运市场化,政府不再补贴,那么公路和航空客运会取而代之,这时铁路客运提价和减产就是好事。

五、是否应该保护本来应该失败的竞争者。这是关于“合并”的反垄断讨论中最讽刺的。臭名昭著的案件,当推1962年的“布朗鞋厂公司案”(The Brown Shoe Case)^①。美国最高法院禁止被告合并,理由不是预测合并会导致产品提价,而是预计会降价,从而伤害那些生产效率较低的工厂。

法官以典型的“反垄断双语”写道:

^① 参见 *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U. S. 294 (1962).

“谢尔曼法要保护的是竞争，而不是竞争者。但我们也不能忽视国会通过保护小企业来促进竞争的意愿。国会理解，维持分散的企业和市场，有时会导致成本和价格上升。在权衡利弊时，我们必须防止集中。我们必须重视这个决定。^①”

没见过更自相矛盾的了——谢尔曼法要保护的是竞争，而不是竞争者，但我们有时必须通过保护竞争者来促进竞争！不让法官把想法写下来，我们就往往不知道它有多荒谬。

① 来源同上，原文为：It is competition, not competitors, which the Act protects. But we cannot fail to recognize Congress' desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned businesses. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. It resolved these competing considerations in favor of decentralization. We must give effect to that decision.

第十章

企业合并：被忽视的功能

在讨论过合并其实并不存在的危害后，我们转向另一个平行的话题，即它被忽视的功能。不理解企业合并的经济功能，我们就不可能全面评估反垄断法错误压制企业合并所造成的严重后果。

让我们从公司治理 (corporate governance) 谈起。1932 年伯利 (A. Berle) 和米恩斯 (G. Means) 出版了《现代公司和私人财产》一书。^① 该书指出了现代企业面临的公司治理问题，即数量越来越少的大公司占据了社会越来越多的财富，而这些大公司的股权却分散在大量小股东手上；由于每个小股东对公司没有控制权，对监管公司运作的积极性很低，所以这些大公司的经理在实质上就掌控了社会大量的财富，并会在缺乏有力监管的情况下，做出各种违背股东利益的自私行为，结果使这些

^① 参见 Berle, Adolf Augustus and Means, Gardiner C. . *The Modern Corporation and Private Property*. New York: The Macmillan company, 1932. 并参见 Berle, Adolf Augustus and Means, Gardiner Coit. *The Modern Corporation and Private Property*. New Brunswick, N. J. , U. S. A. : Transaction Publishers, 1991.

经理个人得益,广大股东甚至整个社会受损。简言之,伯利和米恩斯提出了现代公司可能出现的“所有权和控制权分离”的问题。

要指出的是,伯利和米恩斯该著作的主旨,是讲述一个市场失灵的故事,以此为政府插手监管大企业提供理论依据。这些市场失灵的故事往往具有相同的特征,即逻辑上言之成理,实际上夸大了问题的普遍性,也忽视了市场本身就已经提供了的解决方案,而且错误地以为“市场失灵”就意味着“政府成功”,而没有考虑到用政府来替代市场,可能会造成更严重的失灵。

流传甚广的“信息不对称”就是例子之一。在旧车市场,卖主和买主之间确实存在信息不对称,但在现实生活中,市场本身就提供了大量有效的对应机制,包括逐渐建立商誉的中间商和估价指南。这些机制促成了每天成千上万的旧车交易^①。因此,信息不对称的实际情况是被夸大了。更重要的是,如果根据这一被夸大的情形,进而主张应该由政府来插手甚至操办旧车交易,就很可能是让失灵的政府机制取代了不失灵的市场机制。若是如此,就是错上加错。

伯利和米恩斯提出的“所有权和控制权分离”也不例外。

① 参见 Kelley Blue Book(www.kbb.com)。

这是说,企业的所有权和控制权的配置结构不仅有其合理之处^①,而且这种情况的普遍程度也是被夸大的^②;同时,我们马上要讨论的是,市场本身也早就衍生出各种有效的策略来制衡这种两权分离的失灵,其中“企业合并”就在这个问题上扮演着更重要的角色。如果反垄断法的实施,不顾及合并的这一功能,那么公司治理就会受到来自政府部门的更严重的威胁。

美国“法与经济学”运动奠基人之一的曼尼(Henry G. Manne),是“公司控制权市场”(the market of corporate control)概念的原创者。他在1965年发表了“合并与公司控制权市场”一文^③,阐明当存在“对公司控制权进行交易的市场”时,公司股东可以通过企业合并,把公司控制权从经营不善的经理手上转交给更合适的经营者,从而削弱了公司“所有权和控制权分离”所造成的潜在伤害。该文同时还将公司控制权市场的这一功能,与美国反垄断法对企业合并的高度敌视联系起来,

① 参见 Demsetz, Harold. “The Structure of Ownership and the Theory of the Firm.” *Journal of Law and Economics*, 1983, 26 (2, Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution), pp. 375 – 90.

② 参见 Holderness, Clifford G. . “Myth of Diffuse Ownership in the United States ”, *Review of Financial Studies*, Forthcoming.

③ 参见 Manne, Henry G. . “Mergers and the Market for Corporate Control.” *The Journal of Political Economy*, 1965, Vol. 73 (No. 2), pp. 110 – 20.

指出如果不问缘由地反对企业合并,那就一定会削弱甚至扼杀合并的这一有益的经济功能,从而使公司治理陷入本可避免的更深刻危机之中。

曼尼写道:“由于在充满不确定性的世界里,掌握了较可靠信息的人更有可能达成有利可图的交易,所以我们不应感到奇怪的是,同行业内的企业合并是公司控制权变更的常见形式。同样,供应商和采购者之间的消息也往往比较灵通,所以纵向的企业合并也就成了收购控制权的一种衍生形式,而它并不属于‘排斥竞争者’或‘促进规模经济’的类型。毫无疑问,如果不是反垄断法的存在,本来应该出现更多合并,不论是横向的还是纵向的。公司的经营者具有相当的积极性利用这些机会为自己的公司牟利,就像他们去寻找其他好的投资项目一样。然而,当人们为自己的利益去利用这些机会时,他们会碰到法律上的和实际上的障碍。”

曼尼总结道:“在三种公司收购策略中,合并在许多情况下是最有效的。所以,就保护单个无控制权的股东的利益而言,或从一般的福利经济学的观点而言,它都具有相当重要的作用。显然,合并比出现大量企业破产好得多;而如果企业收

购的道路被完全堵死的话,就会出现后者。”^①

① 参见 Ibid. (Since, in a world of uncertainty, profitable transactions will be entered into more often by those whose information is relatively more reliable,³¹ it should not surprise us that mergers within the same industry have been a principal form of “changing corporate control. Reliable information is often available to suppliers and customers as well. Thus many vertical mergers may be of the control takeover variety rather than of the ‘foreclosure of competitors’ or scale-economies type. Undoubtedly many more mergers, both horizontal and vertical, would have occurred but for our antitrust laws. The managers of corporations have considerable incentive to exploit such opportunities for their corporation, just as they are motivated to find any good new investment opportunity. And there are both legal and practical barriers to the individuals” utilizing such opportunities for themselves. . . Mergers seem in many instances to be the most efficient of the three devices for corporate take-overs. Consequently, they are of considerable importance for the protection of individual non-controlling shareholders and are desirable from a general welfare-economics point of view. Certainly they are more desirable than the increased number of bankruptcies that would undoubtedly ensue if this avenue of taking over control were totally closed.)

第十一章

企业无边界

如果一个营养学家说“每顿饭要有四碟菜,才能保证营养均衡”,你一定会嗤之以鼻,回答说:“你怎么知道四碟是什么菜?何况好多食物都不用碟子,那算不算?”如果营养学家继续一本正经地解释:“别打岔,光看有多少碟还不行,根据 HHI 公式,如果最大两碟的分量占了总分量的 50% 以上,那不管有多少碟,你吸入的营养就还是不够多样化,所以得把食物分到多个碟子里。”那你的耐性就会达到极限:“得啦,洗洗睡吧您。”

然而,同样的逻辑,到了反垄断法专家那里,就俨然有了意义。多大的企业需要被分拆,或多大规模的合并计划需要得到批准,都建立在一门叫“相关市场划定”和“企业集中程度量度”的技术上。在这个行当里,不断有学者提出新的计算公式,而这些公式和模型也不断地被法庭所采用,实实在在地影响了企业的行为和行业的发展。本文要解释的是,从企业的个数和规模来推断行业的竞争状况,与从碟子的数量推测营养的多样化程度,两者荒谬程度相当。这是因为,行业范围的划定不可能客观,而企业不管是分是合都有其特定的规律,这些规律在现代产权和产业经济学中已经阐明了。

首先,产品的“市场范围”大小,完全取决于有多少相关产品纳入计算。然而,哪些才是相关产品,不仅没有明确的界限,而且随着价格变动,替代品就更是来无影去无踪,根本无从预测。老师威廉斯(W. E. Williams)在谈到替代品时问:煤炉取暖的替代品是什么?大家七嘴八舌回答:电力取暖、喝酒、吃火锅、买棉被、厚墙、迁居……威廉斯教授补充:“还有结婚。”这是说,相关市场的划分永远是随意的,虽然以“相关市场划定”为职业的反垄断专家很可能会严肃地否认。

其次,用以计算企业规模的财务账目,其制作方式也是多种多样的,没有科学标准可言。几年前诺贝尔奖获得者科斯(R. H. Coase),还在芝加哥大学法学院的演讲中诙谐地推荐过大学的会计课程:“选一门会计学课程吧。听说计算折旧和评估商誉的方法都有好多种,互不相同而且都可以接受。自由发挥的空间非常大。方法不同,利润额就不同,可会计人员似乎一点也不在乎。这是安然公司会计的完美课程。”^①

再有,根据“利息理论”,资本现值永远是其全部期值的折现和,即资本的价值永远而且仅仅取决于人们对未来的展望,而与过去完全无关。这是所谓“沉没成本不算成本”格言的根据。然而,所有会计的资本价值,却永远只是过去的账面反映,而与未来展望完全无关。单从这一点看,即使反垄断执行机构

^① 参见 Coase, R. H. . “Centennial Coase Lecture Delivered at the University of Chicago Law School,” April 1, 2003.

在收集数据和选择经济理论上做得完美无缺,得出的结果也必定是不合时宜的。

之所以无法为企业划界,进而无法为相关市场划界,最根本原因还在于企业的合约结构。阿尔钦(A. Alchian)和德姆塞茨(H. Demsetz)在1972年发表的“生产、信息费用和经济组织”^①中提出了极富启发性的问题:是什么因素决定了某些资源为企业所“拥有”,而另外一些则仅仅为企业所“租用”。两位大师解释:企业的确是由众多资源“凑合而成”的,但确保它们被适当使用的监督成本不同,容易被滥用的资源,就更可能为企业所有;较不容易被滥用的资源,就更可能为企业所租用。有些资源被“拥有”,有些则被“租用”,有人做老板,有人做雇员,“并不涉及独断专行的控制,而只是一种各方反复与中心成员协商的合约性结构”。这种合约性结构“是提高团队生产力的手段”。

到了1978年,克莱因(B. Klein)、柯洛佛(R. Crawford)和阿尔钦在一篇关于“纵向整合”的著名论文中^②,通过引入“通用资源”和“专用资源”的概念,进一步阐释了上述观点。炼油

① 参见 Alchian, Armen A. and Demsetz, Harold. “Production, Information Costs, and Economic Organization.” *The American Economic Review*, 1972, 62(5), pp. 777-95.

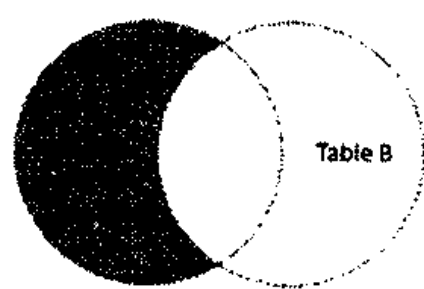
② 参见 Klein, Benjamin; Crawford, Robert G. and Alchian, Armen A.. “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process.” *Journal of Law and Economics*, 1978, 21(2), pp. 297-326.

厂的输油管、汽车工厂的流水线、银行的交易软件，都是企业的“专用资源”，因为它们很难改装作别的用途，所以其所有者就是企业的“老板”。与此对照，出纳、售货员、秘书和打字员，则是企业的“通用资源”，因为他们到别处可以赚取差不多的收入，所以他们就成了企业的雇员。

在这篇论文的结尾，三位作者更明确了“企业无边界”和“企业是合约组合”的观点：“长期合约（如特许经营）冲淡了市场与企业的分界。这样看问题可能更有意义：完全根据特定环境来对不同的具体合约作经济考察，而把企业看作是一种互相交缠的合约类别或组合。……人们习以为常的企业与市场之间的清晰分界，对分析问题或许并不重要。有意义的问题是‘究竟采用了哪种合约’和‘为什么采用这种合约’。”

把萝卜和牛腩煮成一锅，是因为那样好吃；把烤鸭的皮、肉、骨分开吃，也是为了好吃；饺子和香醋虽分开放，但还得蘸着吃，也是为了好吃。碟子数目与味美或营养无关。同样，企业只是一种互相交缠的合约组合，其选择取决于对效率和风险的考虑。反垄断法把企业的表面边界当回事，进而把企业的个数和会计数据作为考察市场竞争程度的当然指标，并以此强行分拆企业或阻挠企业合并，是没有经济学依据的也是有害竞争的。

第三部分：排他性企业行为



第十二章

五花八门的进入障碍

在前面解释过，反垄断罪名可粗略地划为“包罗性行为”和“排他性行为”两种。前者是指为了减少竞争者之间的竞争而采取的行动，包括独自做大、兼并做大和勾结共谋等，均为本书前面的内容；后者是指为了排斥外部竞争者的竞争而采取的行动，包括进入障碍、掠夺性定价、捆绑销售和拒绝交易等，为本章开始讨论的内容。

阿尔钦说过：“卖家只与卖家竞争，买家只与买家竞争，而卖家和买家之间不会竞争。”^①这句话似浅实深。它不仅道出了价格的真谛和竞争的本质，还隐含了一个重要论断，即卖家和买家之间讨价还价行为，无论结果如何，还是以双赢告终，所以并不属于竞争。日常有大量“经济学无知”的言论，都是由于分不清“竞争”与“讨价还价”的差别而产生的。

就“卖家只与卖家竞争”而言，最直接的方法就是设置进入障碍（barrier to entry），即设法提高竞争对手的供应成本，以

^① 参见 Alchian, A. A. . *University Economics*. Oxford University Press, Forthcoming.

阻吓对方进入市场。其常用的手法,从“明目张胆”到“拐弯抹角”,有着无数的变种。据我所知,凡是本可拆除、而实际并未拆除的进入障碍,都是有政府在背后撑腰的;而凡是被视为故意设置、但背后并没有政府支持的进入障碍,则都是天然存在的交易费用使然,相关企业被反垄断法兴师问罪,实属冤枉。

第一种,专卖与专营,是最明目张胆的进入障碍,全由政府亲手操办,别人绝不能染指。航空、铁路、电信、邮政、石油,往往如是。记得很多年前,沙头角中英街的居民,偷偷把香港的电话线拉过街,向内地游客提供廉价国际长途服务,又有人在深圳兜售电话卡,让人可从内地打电话到香港再转国际。做这两门生意的人,后来均被扭送公安机关,罪名是扰乱国家电信秩序。这是中国电信公然依靠国家暴力来设置进入障碍。

第二种,间接一点,是政府发牌的行业,教育、地产、医疗、药物和出租车等。其中最能博取公众支持的,是政府对行医资格的发牌管制。弗里德曼(M. Friedman)教授在其名著《资本主义与自由》^①中,解释了这种表面上借助政府来确保服务质量的管制,是如何成为潜在医疗服务提供者的进入障碍,从而导致了高额医疗成本的。

第三种,再隐蔽一点,有时甚至是有实无名的,是从国家到省市乃至城镇的各种地方产业保护政策,如中国限制外国保险

^① 参见 Friedman, Milton. *Capitalism and Freedom: Fortieth Anniversary Edition*. University of Chicago Press, 2002.

公司在华开张业务，上海拒绝外地企业参与药品供应投标，江西下发扶持省产轿车文件，永州排斥青岛啤酒等。

第四种，最隐蔽，是利用政府管制来打击对手。美国一些大超市，支持最低工资法，说得好听是什么人权福利，其实是因为其雇员工资本来就较高、最低工资法因此影响不了它们、却会提高许多小商场的经营成本、对后者形成进入障碍的缘故。延杜（B. Yandle）还分析过一个有趣的现象：私酿酒贩和主张禁酒的宗教团体，两个目标看似背道而驰的组织，竟联合起来向政府施压，要求严格执行“礼拜日禁止售酒”的法律。这是为什么？延杜发现：因为私酿酒贩的生意恰恰集中在星期天！^①

欧盟对酒瓶的大小（不是酒瓶本身）有管制，酒瓶容量必须标准化，据说是为了防止酒商“以少充多”欺骗顾客。这个理由太荒谬，不值得反驳，我只想说它与香港要求卖大闸蟹的商人拆除水草的做法不分伯仲。问题是：谁在作祟？朋友汪颖的解释最精彩：假如不得不买一大瓶酒，那么顾客会倾向于买知名品牌。即是说，禁止使用小酒瓶，会限制顾客少量尝试不知名品种的机会，从而对小酒商形成了进入障碍。

上述进入障碍，从明到暗，全有政府撑腰。反垄断法管得着吗？管不着。政府插手经济，为利益集团推行厚此薄彼的管制政策，有其独特的形成机制，可谓势不可挡。反垄断法只不

^① 参见 Yandle, Bruce. “Bootleggers and Baptists: The Education of a Regulatory Economist.” *Regulation*, 1983.

过是一个部门法,无论法律地位还是执法力度,都堪称微不足道。国内不少学者期待通过反垄断法来抵制行政垄断,而我从不抱希望,原因就在这里。不仅如此,更糟糕的是,反垄断法不仅对行政垄断无能为力,还会对本来是自然产生的进入障碍,作有害的干预。

我们姑且顺势数下来,把“规模经济”算作第五种进入障碍,“专利”是第六种,“高额资金成本”是第七种。根据最近美国联邦最高级法院的判例,后面这三种企业状态,目前在美国也被视为进入障碍,受反垄断法的约束。例如,在1990年一宗涉及保险公司的反垄断案中,法院认为“进入障碍包括高额资金成本或诸如专利等法律上的必要条件”,^①在1997年涉及柯达公司的案件中,法院认为“柯达长年的高比例市场份额和规模经济,构成了对新生厂商的高度的进入障碍”;^②在2004年涉及摇滚音乐会的案件中,法院认为“‘清晰频道’公司的规模经济,使得别人进入摇滚音乐会市场变得困难,因为该公司本

① 参见 *Reazin v. Blue Cross and Blue Shield of Kansas, Inc.*, 899 F. 2d 951, 968 (10th Cir. 1990): “Entry barriers may include high capital costs or regulatory or legal requirements such as patents or licenses.”

② 参见 *Image Technical Serv. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F. 3d 1195 1208 (9th Cir. 1997): “Kodak controls original-equipment manufacturers through various contract arrangements. Kodak has consistently maintained a high share of the service market. These factors together with the economies of scale, support a finding of high barriers to entry by new manufacturers and to increased output by established suppliers.”

身拥有摇滚乐电台”。^①

这是令人匪夷所思的。在任何一个自由竞争的领域，企业要形成“规模经济”、要取得“专利”或要产生“高额资金成本（即大笔集资）”，本来正是值得鼓励的事情，是对广大消费者有利的事情，是缺乏竞争或企业家精神就不可能办到的事情。它们怎么又成了反垄断法要打击的目标了？

细读法官判词，就不难发现，这还是许多人，包括法官、律师和官员，仍然未能掌握竞争的本质，而总是有意无意地把“行业的企业数目”与“行业的竞争程度”画上等号的缘故。归根结底，他们要保护的，不是竞争本身；他们要追求的，不是竞争形成的结果；他们想方设法要营造的，只不过是一个看上去好像充满竞争的场面。不难想见，根据他们的逻辑，姚明长得高，也会被说成是其他人成为职业篮球队员的进入障碍。

^① 参见 *Nobody in Particular Presents, Inc. v. Clear Channel Communs.*, 311 F. Supp. 2d 1048, 1104 (D. Colo. 2004): “Clear Channel’s economies of scale make entry into rock concert market difficult because of Clear Channel’s hold on rock radio.”

第十三章

网络效应与路径依赖

上一章谈到，“行业进入障碍”有多种，有些不遮不掩，但由于有政府支持，反垄断法无计可施；有些相当隐晦，罩着公众利益和道德的光环，背后其实也有政府支持，反垄断法又只能袖手旁观（中国反垄断法不可能例外）；还有一些，纯属交易费用使然，是不可改变的自然因素，却在遭受反垄断法的刁难。至此尚未谈及的还有“网络效应”（network effect）和“路径依赖”（path dependence），依次列作第八种。它涉及的经济学推理最为微妙，近年来常在高科技产品的反垄断诉讼和政府干预政策中被引用，值得细说。

网络效应，指一种产品的价值受其用户数量和结构影响的现象。典型的例子是电话网络和油站网络^①。这是说，人人都用电话，电话才更有价值；到处都是同样的油站，那样的油站才更有价值。路径依赖，则是从混沌理论借来的概念，有多种含

^① 参见 Katz, Michael L. and Shapiro, Carl. “Network Externalities, Competition, and Compatibility.” *The American Economic Review*, 1985, 75 (3), pp. 424 ~ 40.

义,而只有一种与反垄断法和经济干预政策相关,它是指:过去的选择决定了未来的结局,这个结局不仅缺乏效率,而且是当初可以预见和避免的^①。

把网络效益和路径依赖加起来,便得到一个推论:在那些存在网络效益的领域里,尤其是高科技行业,由于市场无法摆脱路径依赖的宿命,一些本来属于落后和低效的技术,会在市场上屹立不倒,并抑制先进和高效的技术的普及。因此,必须借助反垄断法和政府行政主导,纠正市场的失灵,帮助行业发展摆脱恶性循环,回到高效率的轨道上去。

针对这个推论,经济学有三项重要反思。第一,网络效应本身就是一种经济效益,是能给消费者带来利益的租值,所以它应该由私有产权支配。只有在支配权和收益权受到保护的前提下,它才能达到边际上的最优。这是说,电话公司若无权攫取由于网络规模扩大而带来的增值,就可能滑向网络规模发展不足,或用户过于拥挤的两个方向,两者都是缺乏效率的。

从1990年起,美国政府针对微软公司进行反垄断调查和诉讼,其中也牵涉了微软公司对网络效应的产权问题。显然,微软的“视窗”操作系统,具有极强的互通互联功能,它形成的网络效应是其经济价值的主体。换言之,微软公司的核心资产,不是磁盘管理程序,不是打印管理程序,也不是外设管理程

^① 参见 Liebowitz, S. J. and Margolis, Stephen. “Network Effects and Externalities,” M. M. J. Eatwell and P. Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, 2000.

序,而是一个互通互联的平台。

微软在 1995—1998 年间,花费巨大投资改善其互联网浏览器,然后先是免费附加、后是无缝整合到其操作系统中去。这种做法,在政府反垄断当局看来,有以“掠夺性定价”排斥竞争对手的嫌疑,属“不正当竞争”。然而,从网络效益的产权角度看,微软却是有理的。

我们明白,微软卖的不是这个或那个软件,而是各部分有机结合的平台;它在这个或那个软件上的投资,完全可以在整个平台增值后才收回。同样道理,假如电话公司今天升级了机房的设备,却没有当即提高话费,是不算“掠夺性定价”的。由于微软的视窗平台蕴含了巨大的用户价值,所以微软自然比其他单个软件的开发商具有更大积极性,去改善这个平台最薄弱的环节,从而留住用户,避免由于转换平台必然带来的巨大得多的成本。

为此,加州大学的克莱因(B. Klein)在 2001 年写道:“微软案的情形是,平台垄断在这个领域可能无论如何都得存在,而‘凭优势竞争’会给消费者带来极大的好处,同时估计也会形成并维持其市场影响力。有些提高产品质量的投资或宣传促销费用,是必须一次性付出的,因此仅看价格是否低于边际成本,未必能说明是否存在掠夺性定价行为。”^①

① 参见 Klein, Benjamin. “The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?” *Journal of Economic Perspectives*, 2001, 15(2), pp. 45 – 62.

第二,网络效益不是无止境的,许多因素限制了它扩张的范围。在1950年,经济学家莱宾斯坦(H. Leibenstein)就提出了“巡遊花车”(bandwagon)和“自命不凡”(snob)两种效应,前者指“大家喜欢我才喜欢”的商品,后者指“大家喜欢我就不喜欢”的商品,而这两种效应就能互相抵消^①。另外,独特的产品带来的好处,有时会盖过大众化的产品。比如,iPod的用家会感觉苹果电脑用得特别顺手。再有,某些产品根本就不需要互相兼容功能,如报税软件、传真软件和图形处理软件等。在上述场合,网络效应就会减弱甚至消失。

第三,要确认路径依赖现象存在,就必须同时具备两个条件:(1)过去的选择,造成了现在的后果,且这个后果是缺乏效率的;(2)在过去作选择的时候,就已经预见了这个后果,过去的选择是可以避免的。然而,现在所知的路径依赖的例子,都不同时满足这两个条件。换言之,甚嚣尘上的路径依赖现象,其实是以讹传讹的神话。

今天通用的QWERTY键盘布局,曾被说成是劣于DVORAK布局,只是由于打字机的设计困难,它才占据了市场,并惯性沿用至今的。但是,这个说法已经被揭穿。史料表明,唯一一次证明DVORAK优胜的测验,不仅至今没有公布细节,而且恰恰是由它的发明人自己主持的。不仅如此,今天的

^① 参见 Leibenstein, Harvey. “Bandwagon, Snob, and Veblen Effects in the Theory of Consumer's Demand.” *Quarterly Journal of Economics*, 1950, 64, pp. 183 - 207.

电脑系统,已经完全消除了两种键盘布局的切换成本,但后者还是不受欢迎。原因很简单:后者从来就不比前者强,条件(1)不满足,路径依赖不成立^①。

更多的“路径依赖”例子,是不满足条件(2)的。也就是说,在现在看来较落后的技术最初被采用时,现在看来较先进的技术根本还不可选。例如,在模拟移动电话进入市场时,数字技术还没有成熟。事实上,当数字技术成熟后,市场经过权衡,也果断地完成了切换。这不仅说明路径依赖现象并不存在,而且说明即使存在,市场也能超越它。

由此观之,在政府和反垄断执行者以网络效应和路径依赖

① 参见 Liebowitz, S. J. and Margolis, Stephen. “Network Effects and Externalities,” M. M. J. Eatwell and P. Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, 2000, Liebowitz, S. J. and Margolis, Stephen E. “The Fable of the Keys.” *Journal of Law and Economics*, 1990, 33(1), pp. 1 – 25. “本文检视关于打字机键盘的历史、经济学和人体工程学的解释。我们将表明,大卫所作的关于市场如何拒斥德沃夏克键盘的历史的陈述,是与历史事实不符的。我们的结论是,德沃夏克键盘的例子,就跟早期用蜂窝和灯塔来做例子证明市场失败是一样的,即它是一个用来说明市场失败,却无法经受严格历史检验的例子。”(“This article examines the history, economics, and ergonomics of the typewriter keyboard. We show that David’s version of the history of the market’s rejection of Dvorak does not report the true history, and we present evidence that the continued use of Qwerty is efficient given the current understanding of keyboard design. We conclude that the example of the Dvorak keyboard is what beehives and lighthouses were for earlier market-failure fables. It is an example of market failure that will not withstand rigorous examination of the historical record.”)

为由，要对行业标准作干预，或对企业创新作纠正的时候，恰当的反应是：网络效应不仅应该受到产权的保护，而且它也不会无休止地扩张；既然政府和反垄断机构缺乏预知未来的能力，即无法满足路径依赖的必要条件，那就不应该越俎代庖，而是应该把商业和技术的发展决策，交给掏真金白银冒险的企业家来处理。

第十四章

低价如何伤人

一向有“以本伤人”的说法，其经济学学名为“掠夺性定价”（predatory pricing），属“不正当竞争”。据说它分两个阶段：（1）不法商人以低于成本价销售，迫使竞争对手亏损以致退出市场；（2）赶走竞争对手后，再抬高价格，不仅追回前期蒙受的亏损，还可再赚一笔。然而，在现实中所有诉讼都是针对阶段（1）进行的，阶段（2）则极其罕见。换言之，凡是谈到“掠夺性定价”，指的就是可观察的阶段（1）和想象中的阶段（2）。

尽管全过程极其罕见，但还是可能的。你说把砖头一块块抛到半空，让它随机落下，而恰好堆成一幢房子，那也是可能的。问题是，反垄断者见到阶段（1）就急忙执法，而没有充分考虑到从阶段（1）过渡到阶段（2）的重重困难，这使得绝大多数关于“掠夺性定价”的指控实际上都冤枉了被告。反垄断者应该考虑以下因素：

第一，反垄断执法者为企业确定“成本”是困难的。我博士资格考试的其中一题，是问为什么在大型购物中心里，珠宝店缴纳的铺租，要比服装店的高很多。答案是：珠宝店会减少邻店的收入，而服装店却会增加邻店的收入。去买珠宝的顾

客,很少会顺便看场电影;而去挑选衣服顾客,却较可能顺便逛逛其他商店,并坐下喝杯茶、吃个饱。而且,因为珠宝店的存在,保安费用会大增,均摊到每个商店头上不合理。

大型购物中心不按划一“成本”价出租场地,才能使其租金收入达到最高;同样道理,大型零售商店也不是按划一“成本”价来出售商品的,因为那样才能协调待售商品之间的边际收入,使得总收入达到最大。一些餐厅,提供“一元一只乳鸽”的菜式,是在进行“掠夺性定价”吗?反垄断执行机构要管一管吗?

第二,削价倾销可能是为了减少损失。国内家用电器厂商,多半是地方政府的扶持对象。由于官员可以从兴办实业过程中获得直接好处,所以他们在投资前不会在意日后能否收回成本。结果,过分急进的投资,造成了几年前电视机、电冰箱、空调、影碟机等电器的大量积压。为了促销,只好削价,甚至削至低于成本价。从经济学上看,要清楚指出的是:不是商人无端端地想要拼命削价,而是积压商品卖不出去;不是削价使企业连成本都收不回来,而是当初的投资决策造成了今天的亏损;削价不仅没有使这早就注定、而到后来才显现的亏损恶化,反而尽快回笼了资金,减少了亏损。

第三,掠夺者要完成“掠夺性定价”的成本太高。想一想,他们不仅要把产品的定价压到成本以下,还要在这个令企业亏损的低价上扩大产量,并维持较长的时间,直到其竞争对手心灰意冷,关门大吉为止。我的一位师兄,曾经开过超级市场。

他说每次大商场如沃尔玛低价促销某个产品时，他就买进、买进、再买进，等促销完毕他再按正常价格出售。这是说，即使商人决心冒险进行“掠夺性定价”，他也不能担保最后得益的是自己而不是对手。

第四，被驱逐的竞争对手随时可以卷土重来，甚至根本就不曾消失。空运业竞争激烈，常常听说某个航空公司倒闭的消息。航空公司倒闭了，飞机就要拆毁吗？就会消失吗？不。一家公司破产倒闭，只是意味着某些资源——即这家公司的专用资源——从某些人的手里转到了另外一些人的手里。飞机、机器、厂房、技术工人乃至生产销售网络，都不会因为企业的倒闭而销毁。如果企业的倒闭只是由于“掠夺性定价”造成的，如果掠夺者始终还要把价格调上去，那么那些暂时离开市场但并没有消失的资源，就很容易再组织起来重新进入市场。麦吉（J. S. McGee）在其1958年论文“掠夺性削价：新泽西州标准石油案”中论证，要扩大市场份额，也为了防止竞争对手卷土重来，企业家会选择“收购”而不是“掠夺性定价”^①。

① 参见 McGee, John S. . “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case.” *Journal of Law and Economics*, 1958, 1, pp. 137 ~ 69. 作者指出并购比掠夺性定价的成本更低和时效更长：“总而言之，收购不仅比没有胜算的对抗更省事，而且更便宜和更持久。或许有人开始会以为，掠夺性定价能够通过压低被吸纳的资产的收购价格来超额弥补其支出。实际上，要达到这个效果，重大亏损所造成的资产贬值，就必须小于轻微亏损所造成的资产贬值。这完全是不可能的。而且，假如有关资产是经济实用的，那么它的长期市场价值，就不可能被显然并不持久的人

为压低的价格削弱多少。厂主可以暂时停业,让垄断者操办所有无利可图的业务,或干脆等着他发现自己的错误并转为采取收购策略的那一天的到来。即使存在大范围的破产,聪明人也能看到,把资源置于自己掌控之内,对垄断者来说是有价值的;他们也会发现,按低于垄断者照理要付的价格来买进资产,也将是有利可图的。由于垄断者照理是关心利润的,而且也能察觉到对未来收入的折现效应,所以要他永远等待,他是吃不消的。收购那些将来的垄断者需要控制的资产,可以是一笔利润可观的投资。”作者总结道:“有案可查的是,标准石油公司既没有通过掠夺性的区别性定价来排斥与之竞争的炼油商,其定价行为也没有产生这样的效果。……我相信,标准石油并没有系统地(假如它曾经零星地尝试过的话)利用在当地的零售或其他任何环节的削价策略来抑制竞争。那么做是愚蠢的。不管人们怎么说,很少有人批评老标准石油公司在本来可以赚更多钱的时候赚少了钱。……从某些角度看来,标准石油没有采用掠夺性定价来攫取其垄断地位,反而是令人遗憾的事情。它要是这么做了,它取得的垄断程度,肯定要比它采取别的方式所取得的要低一点;在这个过程中,消费者可以少花很多钱来购买石油产品。如果是这样,那么标准石油就不仅自己让利,还会迫使其他竞争者也多少给消费者多做一点贡献。”(“All in all, then, purchase would not be more expensive than war without quarter, and should be both cheaper and more permanent. It may at first be thought that predatory pricing more than makes up for its expense by depressing the purchase price of the properties to be absorbed. In effect, this requires that large losses reduce asset values less than smaller losses. This is not at all likely. Furthermore, assuming that the properties in question are economic, it is unlikely that their long-run market value will be much reduced by an artificially low price that clearly will not be permanent. The owners can shut down temporarily, allowing the monopolist to carry all of the very unprofitable business, or simply wait for him to see the error of his ways and purchase. Even if there is widespread bankruptcy, wise men will see the value to the monopolist of bringing the facilities under his control, and find it profitable to purchase them at some price below what the monopolist can be

第五,博弈论中的“先下手为强”前提站不住脚。这些年来,博弈论学者提出过各种各样的模型,证明在某些特定的前提下,“掠夺性定价”会变成有利可图的策略。“先下手为强”是其中的一大类,意思是掠夺者知道自己什么时候动手,而别人不知道,这样他就占据了信息的优势,从而令对手处于被动。可以这样假设,但它并不现实。现实中,竞争对手不仅可以与客户签署长期合约来避免变动,还可以根据原料价格来判断价格攻势可能持续的时间,更可以购买掠夺者的普通股来对冲风险。说白了,坏人不见得就比好人消息灵通。

第六,企业经理的个人收入,向来是与企业的盈利挂钩,而

expected to pay if he must. Since the monopolist is presumably interested in profits, and has a notion of the effect of discount factors upon future income, he cannot afford to wait forever. Properties that a would-be monopolist needs to control can be an attractive investment.” 作者总结道:“Judging from the Record, Standard Oil did not use predatory price discrimination to drive out competing refiners, nor did its pricing practice have that effect. . . . I am convinced that Standard did not systematically, if ever, use local price cutting in retailing, or anywhere else, to reduce competition. To do so would have been foolish; and, whatever else has been said about them, the old Standard organization was seldom criticized for making less money when it could readily have made more. . . . In some respects it is too bad that Standard did not employ predatory price cutting to achieve its monopoly position. In doing so it would surely have gotten no greater monopoly power than it achieved in other ways, and during the process consumers could have bought petroleum products for a great deal less money. Standard would thereby not only have given some of its own capital away, but would also have compelled competitors to donate a smaller amount.”)

不是与企业的销量挂钩,更不是与企业的亏损挂钩的。要进行“掠夺性定价”策略,必然要经过一段长时间的亏损。当巨额亏损放在眼前,企业的所有者如何判断这是企业经理经营不善,还是他以退为进?即使是有意为之,又如何保证如意算盘不被对手出其不意地打乱?洛特(J. Lott Jr.)在其1999年的著作中表明^①,在那些曾被控告进行“掠夺性定价”的企业里,企业经理在亏损的年份收入下降,在盈利的年份收入增加,没有证据证明谁在鼓励他们搞“掠夺性定价”。

1986年美国最高法院对日本“松下公司案”的判决,将“掠夺性定价”罪名的使用推到了墙角。案中,一批美国电器公司,联合控告以松下公司为首的一批日本电器公司长期在美国本土进行“掠夺性定价”。最高法院断定罪名不成立,并大篇幅地引用包括麦吉在内的多位经济学家的著作,不仅指出“掠夺性定价策略极少人试用,而取得成功的例子则更是少之又少”,还语带讥讽地让下级法院“尽管去找证据,证明日本公司在缺乏明显动机的情况下,仍连续20年互相勾结进行掠夺性定价。”^②中国的反垄断法,免不了有“禁止低于成本销售”的规

① 参见 Lott, John R. Jr.. *Are Predatory Commitments Credible?: Who Should the Courts Believe?* University of Chicago Press, 1999.

② 参见 *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd., et al. v. Zenith Radio Corp. et al.* 475 U.S. 574 (1986):“在案件发还重审的过程中,上诉法院可以随意考虑,是否还有其他足够清楚的证据,能启动事实审查的程序,来证明上诉人在缺乏任何明显动机的情况下仍持续二十年参与了掠夺性定价的勾结行为。……请参见 McGee 的论文‘掠夺性定价的

定；在实施中，也免不了会被处于竞争劣势的企业利用；唯一不能完全确定的，是执法者的经济学智慧。

再思考’ (Law & Econ. 289, 295 – 297 (1980))。正如这篇解释文字所表明的，这种计谋的成功的可能性本质上是不确定的：短期的亏损是肯定的，而长期的收益则取决于能否成功地削弱竞争。而且，仅仅取得垄断地位还不够，因为垄断价格会迅速吸引那些渴望分享超额利润的新的竞争者的进入。掠夺性定价的计谋要取得成功，就必须长时间维持垄断地位，以致足以弥补掠夺者的亏损和攫取额外的收益。如果不存在某种能确保夺取垄断地位的希望能够实现的保障，‘掠夺者就必须在没有任何有利可图的保障的情况下付出巨大的投资。（选自伊斯特布鲁克，“掠夺性策略与反策略”，48 U. Chi. L. Rev. 263, 268 (1981)）’。因此，评论家们有一个共识，即很少人会试行掠夺性策略，而成功则更属罕见。” (On remand, the Court of Appeals is free to consider whether there is other evidence that is sufficiently unambiguous to permit a trier of fact to find that petitioners conspired to price predatorily for two decades despite the absence of any apparent motive to do so. . . . See also McGee, Predatory Pricing Revisited, 23 J. Law & Econ. 289, 295 – 297 (1980). As this explanation shows, the success of such schemes is inherently uncertain; the short-run loss is definite, but the long-run gain depends on successfully neutralizing the competition. Moreover, it is not enough simply to achieve monopoly power, as monopoly pricing may breed quick entry by new competitors eager to share in the excess profits. The success of any predatory scheme depends on maintaining monopoly power for long enough both to recoup the predator’s losses and to harvest some additional gain. Absent some assurance that the hoped-for monopoly will materialize, and that it can be sustained for a significant period of time, “[the] predator must make a substantial investment with no assurance that it will pay off.” Easterbrook, Predatory Strategies and Counterstrategies, 48 U. Chi. L. Rev. 263, 268 (1981). For this reason, there is a consensus among commentators that predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful.)

第十五章

捆绑销售能撬动垄断吗？

捆绑销售(tying, 又称“搭售”), 被普遍视为“不正当竞争”行为中的一种, 也是各国反垄断法锐意打击的保留目标。在美国, 只要同时符合以下四项条件, 法庭就可以根据“本身原则”定罪: (1) 有两种商品或服务牵涉在内; (2) 顾客能否购买其中一种, 取决于他是否购买了另一种; (3) 卖家对其中的捆绑商品(tying product) 拥有市场垄断地位, 以致在被捆绑商品(tied product) 的市场能施以限制贸易的影响; (4) 被捆绑商品在跨州市场上受到的影响并非微不足道。^①

之所以形成上述规定, 是因为立法者认为, 商人运用捆绑销售策略, 可以把他们在“捆绑商品”市场的垄断力, 撬动或扩展到“被捆绑商品”的市场上去, 而如果是这样, 那么捆绑销售就不仅违反了谢尔曼法第一条关于“限制贸易”的规定, 还违反了第二条关于“进行或企图垄断”的规定。真是这样吗?

① 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill. : Section of Antitrust Law ABA, 2007. 第 177 页。

“法与经济学”之父戴维德(A. Director)^①,和他在1940年代

① 参见 Director, A. and Levi, E. H.. “Law and the Future: Trade Regulation.” *Northwestern University Law Review*, 1956, 51, pp. 281 – 96. 作者写道:“经济学研究基本上不支持这种看法,即这种违规行为可以产生或延伸垄断力。处于竞争中的企业,不可能靠对其供应商或顾客施加强迫性的限制来取得垄断力。他们没有能力心想事成。具有垄断力的企业,可以在价格或产量上对其供应商或顾客施加限制。然而,假如他们施加这样的限制,他们就往往会减少营业收入,所以值得怀疑这种做法究竟有多么流行和究竟能维持多久。这些企业之所以会减少营业收入,是因为他们不可能一石二鸟,既通过原来的垄断地位来获利,又靠施加额外的强迫性限制来扩展其垄断地位。除非在实施限制的同时也降低价格,否则不可能对顾客实施强迫性限制。因此,这种限制就没有意义,除非它被用来实施区别性(即歧视性)定价。如果它是用来实施区别性定价,那么这种限制就应该被视作坐享——而不是扩展——原来垄断地位的行为。”(The economic teaching gives little support to the idea that the abuses create or extend monopoly. Firms that are competitive cannot impose coercive restrictions on their suppliers or their customers as a means of obtaining a monopoly. They lack the power to do this effectively. Firms which have some monopoly power over prices and output can impose coercive restrictions on suppliers and customers. In the normal case, however, they will lose revenue if they do impose such restrictions, and this casts some doubt on how prevalent or continued the practice would be. Such firms would lose revenue because they cannot both obtain the advantage of the original power and impose additional coercive restrictions so as to increase their monopoly power. The coercive restrictions on customers are possible only if the price which would be charged without the restriction is reduced. The restrictions therefore would not be sensible except as a means of price discrimination. If used as a means of price discrimination, the restrictions might be considered more an enjoyment of the original power than an extension of it.)

在芝加哥大学的学生们，包括后来成为联邦上诉法院法官的博克(R. Bork)和伊斯特布鲁克(F. Easterbrook)等，早就有力驳斥了这种谬见。

让我们从卓有成效的“租的角度”来看吧。商人的商品之所以具有价值，是因为顾客认为它能带来享受，因此愿意为之付出代价来换取。需求定律告诉我们，代价越低，顾客要的量就越大；而代价越高，顾客要的量就越少。商人在“捆绑商品”上具有垄断力，说明“捆绑商品”能带给顾客享受；那么，给“捆绑商品”绑上多余“被捆绑商品”，就必然增加顾客购买“捆绑商品”的代价，结果是直接减少了“捆绑商品”的需求量。对本来就可以在“捆绑商品”上赚取租的垄断者来说，捆绑销售显然是有害无益的。

王菲应该无意搭售光盘，因为她真正具有垄断力的商品是歌声，而不是光盘。光盘的价钱越低，歌迷对她的歌声的消费量就越高。钢铁公司不会捆绑汽车，因为钢铁公司的优势在于钢铁，而不是用钢铁造的汽车。汽车市场越是竞争激烈，汽车越是变得价廉物美，钢铁蕴含的租值才会越高。罗琳女士见那么多读者在等着买第七卷的《哈里·波特》，为什么不一页纸印一个字，卖故事的同时也赚点卖纸的钱？

伊斯特布鲁克在2006年“SCHOR案”的判词中写道^①：“所谓‘垄断撬动’的反垄断理论的问题是，这种做法不能增加

① 参见 *Gary Schor v. Abbott Laboratories*, 457 F.3d 608 (2006).

垄断者的利润。该企业是具有垄断力（我们必须假定）的，但垄断者只能赚一次垄断利润。关键在于，垄断了某些要素的企业，只要对这种要素索取适当的价格，就可以攫取全部的垄断利润。如果垄断者试图把其他要素的价格也推高，那效果上就相当于把受其垄断的要素的价格推得过高。垄断者只能收取一次利润，企图再收取一次就会让自己倒霉和给自己添麻烦。”

伊斯特布鲁克继续写道：“垄断者的利润最大化策略，不是去接管相关产品的市场，而是去促进其他厂商之间的竞争。互补品的成本越低，垄断者在自己的产品上赚得就越多。正因为这样，微软自己不生产计算机，却鼓励戴尔、惠普、索尼、联想和其他厂商作激烈竞争；购买硬件的成本越低，操作系统的销量就越大，微软赚的钱就越多。要是高价格和低产量这种伤害顾客的行为并不能使厂商得益，那么它就根本不关反垄断法的事。”

既然如此，读者会问，为什么捆绑销售的例子还随处可见？答案是：并非为了撬动垄断，而是为了其他多种有助于促进经济效益的目的。戴维德另一个学生博克，在其 1978 年出版的著作《反垄断的悖论》中，罗列了多种常见的理由。^①其中包括：

第一，逃避价格管制。1958 年，美国一家船运公司向其顾

^① 参见 Bork, Robert H. . *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978.

客低价出售或出租土地,被最高法院裁定犯有“捆绑销售”罪。问题是,该公司无论在土地还是在运输市场上,都不具备垄断力,撬动垄断力之说纯属无稽之谈。博克指出,搭售土地是为了暗中调低因管制而定得过高的运输价格。另一个例子,是美国航空业实施价格管制期间,航空公司给乘客捆绑大量的美食、住宿和地面运输服务,空姐也特别漂亮,目的也是间接调低机票价格。价管取消后,空姐的相貌如何?

第二,进行价格歧视。轿车中同一系列的不同车型,捆绑不同的配置,从真皮座椅、到音像系统和卫星导航设备,其总价超出配件在市场上的单价之和,这样做的目的是为了对需求不同的顾客进行区别对待,从而攫取最大的租值。

第三,进行有效量度。IBM 公司早年出租计算机,要求顾客使用专用的数据输入纸卡,招致一场打上最高法院,在 1936 年审结的反垄断大案。博克在书中指出,IBM 的做法,可能既不是为了垄断纸卡制造业,也不是为了价格歧视,而是为了量度客户享受的使用和维修服务,从而收取划一的租金。

第四,提高经济效益。事实上,世界上不存在未经捆绑的商品。即使到市场上买一根针,它的长度、硬度和粗细,都不可以由顾客任意选择,而是被厂商捆绑出售的。厂商出售捆绑的商品,根本原因是降低交易费用。十五年前,电脑用户安装完操作系统后,还要分别安装调制解调器驱动程序、内存管理程序、CD - ROM 驱动程序和多媒体播放程序等。今天这些部件都被捆绑(或曰“整合”)在一起,无疑极大地提高了效率。

需要指出的是，厂商尝试进行这样或那样的捆绑，未必总是成功的，更不是永远成功的。早期的电台播音服务，是捆绑收音机来销售的，那是为了收费。然而，当收听率调查和商业广告都引入市场后，播音和收音机之间的捆绑便自动解开了。这是说，捆绑销售有助于提高经济效益和降低交易费用，各种方案始终应该交给商人来尝试，而不是交给法官来判断，而以为捆绑可以帮助商人撬动或扩展其市场垄断力，则是反垄断历史中一场古老的误会。

第四部分：知识产权问题



第十六章

知识产权与反垄断

知识产权是反垄断法中的特殊分支,特殊之处有三。第一,是否应该让知识成为产权、并由政府审批和保护,本身就是长期争论的话题。第二,人们相信知识产权,尤其是专利,可以产生并传递垄断力;而政府一方面保护知识产权,另一方面又实施反垄断法,两个目标似乎有冲突。第三,近50年知识产权纷争个案激增,企业间的专利冲突无数,而大部分又在庭外和解,这个现象让反垄断法执行者担忧,那些自愿达成的专利使用协议,会起着掩盖企业间勾结行为的作用,所以他们会设法识破和阻止。

对第一个问题,张五常在1977年5月油印的《产权和发明》中区分了知识产权的两个层面:一是对某项具体发明的权利,即“产品权利”(production right);二是对在一个领域搞发明创造的权利,即“发展权利”(development right)^①。该文

① 参见 Cheung, S. N. S.. “Property Rights and Inventions: An Economic Inquiry.” *mineo*, 1977. 重印于 Cheung, S. N. S. *Economic Explanation: Selected Papers of Steven N. S. Cheung*. Arcadia Press Limited, 2005.

还对知识产权促进经济效益的作用作了广博和深刻的阐释。那是一份科研项目中期报告，它后来被拆成三份，分别在1982^①、1986^②和2005^③年发表。离奇的是，包括张五常在内的所有人，似乎都忘记了1977年5月的那份油印版，而一篇该年10月才发表，其中引述了油印版内容，观点与角度与油印版接近，但内容简单得多的论文，就成了知识产权领域的必读。

那是吉弛(E. W. Kitch)的《专利制度的本质和功能》^④。该文明确认为，知识产权不是好坏参半，有时促进生产、有时抑制生产，而是肯定能促进生产。理由是：(1)专利提供排他性的保护，鼓励了人们为改善专利发明而投资。一块油田，要在还没钻出油以前，就取得排他性的使用权，才会有人愿意投资开采；一种药，要在取得专利保护后，才会有人投资，以完善其药效。(2)专利能降低技术的转让成本，从而让发明者更自由地分享知识和协调科研节奏。否则，就只有在能有效保密的场合，才能达到同样的效果。

① 参见 Cheung, S. N. S.. "Property Rights in Trade Secrets." *Economic Inquiry*, 1982, 20 (1982) (1 (January)), pp. 40 - 53.

② 参见 _____. "Property Rights and Invention." *Research in Law and Economics*, 1986, 8.

③ 参见 _____. *Economic Explanation: Selected Papers of Steven N. S. Cheung*. Arcadia Press Limited, 2005.

④ 参见 Kitch, Edmund W.. "The Nature and Function of the Patent System." *Journal of Law and Economics*, 1977, 20(2), pp. 265 - 90.

对第二个问题,首先清楚回答的是波曼(W. S. Bowman)在1973年出版的《专利与反垄断法》一书。波曼写道^①：“法庭认定的反垄断法和专利之间的冲突,在很大程度只是幻觉。这种幻觉来自于一个根深蒂固的误会,即专利这种合法的垄断,可以用来撬动在非专利品上的垄断。而且,法庭也似乎忘记了,不管是否牵涉专利,买卖双方就如何使用信息而达成的协议总是对消费者有益的。已经被证明不能带来新的垄断的授权协议,包括了捆绑、限价、分区、整卖等形式。”大家记得,垄断者为什么只能收取一次垄断利润,而不会也不能通过捆绑来撬动其垄断力,恰恰是上一章的内容。

芝加哥大学的戴维德是吉弛和波曼等人的思想渊源,他们被统称为“芝加哥学派”。该学派固然从来没有说服过所有人,但还是非常有说服力,乃至明显影响了美国司法界对“垄断撬动”罪名的理解和处理。例如,在知识产权的反垄断领

^① 参见 Bowman, Ward Simon. *Patent and Antitrust Law: a Legal and Economic Appraisal*. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

域,对比美国司法部在 1970 年出台的“九不准”^①规定,与在 1995 年启用的《与知识产权许可有关的反托拉斯指南》^②,就能看出芝加哥学派在其间的影响。而在学术领域,近年支持采用反垄断法来规制知识产权市场的经济学模型,也只能在戴维德等人思想适用的范围外,提出在非常极端(如果不是超现实)的条件下才能成立的论点。

当年的“九不准”规定,严格禁止了多种“滥用专利”的行

① 参见 Wilson, Bruce. “Patent and Know-How License Arrangements: Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions,” Boston, 1970. 其内容包括:“1. 与专利产品的销售无合理关联的版税; 2. 在专利范围外对专利领权方实施的商业限制(搭出); 3. 要求专利领权方向授权方购买非专利项目(搭售); 4. 强制性打包授权; 5. 要求专利领权方,将专利授权协议执行后有可能授予他的专利,指派给专利持有人(回授); 6. 向领权人继续发放许可的否决权; 7. 对通过专利生产过程生产的非专利产品实施的销售限制; 8. 对转售商品实施的售后限制; 和 9. 对专利产品的转售设置最低价格。”[1. Royalties not reasonably related to sales of the patented products; 2. Restraints on licensees' commerce outside the scope of the patent (tie-outs); 3. Requiring the licensee to purchase unpatented materials from the licensor (tie-ins); 4. Mandatory package licensing; 5. Requiring the licensee to assign to the patentee patents that may be issued to the licensee after the licensing arrangement is executed (exclusive grantbacks); 6. Licensee veto power over grants of further licenses; 7. Restraints on sales of unpatented products made with a patented process; 8. Post-sale restraints on resale; and 9. Setting minimum prices on resale of the patent products.]

② 参见 COMM' N, U. S. DEP' T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE. “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property,” 1995.

为,包括不得在专利范围外从事交易、不得强迫专利使用人购买非专利品、不得给专利使用人的产品限定最低价等。其要旨就是以缜密的手段,阻止专利持有人将其在专利上享有的垄断权,扩张或撬动到专利以外的任何范围。我们在前面分析一般有形商品时,解释过那本来就是不可能的。“九不准”规定管得太多、太细、太没必要。

经过25年,经济学的研究成果影响了政策,1995年出台的《指南》,采纳了不少产业经济学的成果。编委中的经济顾问吉尔伯特(R. Gilbert)和夏普罗(C. Shapiro)在1997年的评论文章中指出^①,《指南》的核心包括“明确确认专利普遍促进竞争的本质;明确否定任何关于知识产权必然造成反托拉斯色彩的市场影响力的假定;认定反垄断执行者可以将适用于有形或无形资产的分析方法用于分析知识产权问题。”

两位作者指出,这样“知识产权的所有者就有权最大化地攫取其知识产权的市场价值,即行使他们对其知识产权形成的需求曲线下的区域的所有权;”同时,《指南》要求反垄断执行机构要“进行市场环境的调查,才能确认反竞争效果的存在。”换言之,《指南》提高了知识产权的地位,扩大了知识产权所有者的权利范围,并加重了反垄断执行机构的举证责任。

① 参见 Gilbert, Richard; Shapiro, Carl; Kaplow, Louis and Gertner, Robert. “Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties.” *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, 1997, pp. 283 – 349.

那么,既然知识产权能促进生产,专利持有人与使用人之间的自愿交易,又不会扩展或撬动专利以外的垄断力,那么学术界还有什么可操心的呢?温斯顿(M. Whinston)在2001年的论文中概括道:^①“那些认为自愿交易仍然会引起反竞争效果的模型都有一个共同点,即排他性的合同,会对合同外当事人产生外部副作用。”这是说,虽然张三把手表卖给李四,是对双方有利的自愿交易,但以后王麻子就不能向张三问时间了,所以这个看来对张三和李四都有利的交易,对王麻子造成了损害。

对此,伊斯特布鲁克法官在2006年“SCHOR案”的判词中给出了有力回应:“我们知道有人会说‘一种商业行为不可能绝不伤害消费者’。富有创造力的经济学家,可以想象出各种关于成本、弹性和进入障碍的不寻常组合,从而在绝无仅有的条件下形成伤害。”在一口气引用5篇经济学论文后,伊斯特布鲁克法官反戈一击:“然而,正如‘本身违法’原则是要打击几乎总是伤害消费者的行为一样,反垄断法也应该对那些几乎从不伤害消费者的行为采用‘本身合法’的原则来对待。”^②

① 参见 Whinston, Michael D. . “Exclusivity and Tying in U. S. V. Microsoft: What We Know, and Don’ t Know.” *Journal of Economic Perspective*, Spring 2001, 15(2), pp. 63 - 80.

② 参见 *Gary Schor v. Abbott Laboratories*, 457 F.3d 608 (2006).

第十七章

欧盟为什么要严惩微软

欧盟于2007年9月17日宣布对微软的惩处决定,涉及罚金超过3亿美元。早在2004年,欧盟就曾经宣布对微软在1999年5月至2004年3月之间的“不合作”行为,处以6亿美元的罚款。不管结局如何,本书关心的,是这场已经进入第十个年头的反垄断调查,劳师动众,举世瞩目,究竟带来多少反垄断启示?

整个调查,只涉及微软两宗罪。其一,是1998年Sun Microsystems公司到当时的欧洲委员会投诉,指责微软没有提供充分的技术资料,帮助运行其Solaris操作系统的服务器,与运行视窗操作系统的个人电脑进行“互操作”(interoperate)。2005年1月微软妥协,公布大量技术资料;同年11月欧盟认定这些资料远远不够,进而要求微软公开“完整而准确”的关于计算机通信接口协议的文档。微软力争保护自己的知识产权,拒绝进一步披露技术细节,这便成了微软的第一项“不合作行为”。

其二,是欧委会在2001年8月声称,微软在其视窗操作系统中捆绑了“媒体播放器”,对其他开发类似程序的公司造成

不公平竞争。微软在 1999 年 5 月至 2004 年 3 月间的经营,被欧盟认作它的第二项“不合作行为”。对此,欧盟处以 6 亿美元的罚款。微软在 2005 年 6 月开始在欧洲提供不包含“媒体播放器”的视窗系统(含“N”字标志),并在同年 10 月与最大竞争对手 Real Networks 公司达成和解。但是,微软拒绝降低“N”版本的售价,致使它在欧洲市场无人问津。同时,微软还一直据理力争,要推翻欧盟这项至今有约束力的裁决,以恢复视窗操作系统的整合特性。欧盟和微软十年的反垄断争议,争的就是这两件事。

水到渠成,让我通过前面介绍的经济学角度,从五个方面来剖释眼前即将成为头条新闻的案例,展示反垄断谬误是如何盘根错节,并导致荒唐和恣意的处理手段的。

第一,案件只涉及一件产品,不是两件。今天任何互联网用户,都可在几分钟内开通称为“博客”的个人网站,而文字、图片、声音和视频都是制作“博客”的必备形式,遑论新闻、商业和政府机构的网站。欧盟勒令微软提供不带媒体播放器的操作系统,无异于勒令丰田和福特汽车厂销售不带车灯和雨刮的轿车。这样的处理手段,美国政府司法部曾经提出过,而已经在 2001 年被美国上诉法院驳回。在计算机的多媒体内容以几何级数激增几年后,反垄断委员会还要求拆除媒体播放器,是与时代脱节,还是蛮不讲理?

第二,没有受害者。在微软视窗系统附带媒体播放器的做法中,找不到执行反垄断法时需要确认的两种典型的

受害者，即消费者和第三方竞争者。事实上，消费者并不需要付出任何额外的代价就能得到整合的媒体播放器，而第三方竞争者仍然能够不受阻碍地开发和销售其运行在视窗系统上的媒体播放软件。第三方开发者仍要和微软竞争，那是艰苦的，而且是有可能失败的，但参与竞争和竞争失败，都不等于受到伤害；而找不到受害者的行为，又如何能被判定为违法？

第三，微软是竞争者，而不是支配者。欧盟在其最新的《反驳声明》中修改市场划界，把过去价值 10 万美元以下的服务器市场，改成 2.5 万元以下的服务器市场。市场划小一点，微软的份额就大一点。不就是文字游戏？事实上，整个计算机工业，至少由处理器厂商（如英特尔和摩托罗拉）、计算机厂商（如苹果和戴尔）、外设厂商（如佳能和惠普）、网络厂商（如 Novell 和思科）、操作系统厂商（如苹果和微软）、工具软件厂商（如 Borland 和甲骨文）以及引用软件厂商（如 Adobe 和微软）组成。在这多级市场结构中，微软既是竞争者，又是合作者，而从来不是支配者。

第四，通信协议是知识产权。通信协议是开发者通过努力形成的无形资源，属商业秘密，受版权法和专利法的保护。而知识产权的作用，就是让所有者有权拒绝与别人分享成果。欧盟要求微软公布“完整而准确”的技术文档，直接侵犯其知识产权。值得注意的是，这种非分请求，微软的竞争对手在美国法庭上也曾经提出过，但在 2002 年的“最终判决”中，美国法

庭认为让微软公布这些技术文档,可能会损害而不是促进竞争,并威胁到消费者和行业内部其他参与者的利益,因此拒绝了请求。

况且,微软与 Sun Microsystems 公司等竞争对手正处于激烈的竞争状态,并不存在前者行使知识产权、后者就无法创新的情况,因此也就不满足欧盟法律中对知识产权进行特别对待的前提条件。无论如何,如果欧盟的裁决和美国法庭的判决互相矛盾,那我们就可以肯定,反垄断法并无原则可言,殚精竭虑打出来的结果可以互相矛盾,而至少有一半是错的。

第五,恶劣的先例。过分简单的是非,过分冗长的抗辩,过分贪婪的罚单,给欧洲乃至其他地区留下恶劣的先例。知识产权的所有者究竟应该如何保护其知识产权?在竞争中取得优势的企业究竟应该如何继续竞争而不遭到惩罚?欧盟既可以在 1998 年对违反竞争规则的足球世界杯组织处以象征性一千欧元罚款,又可以在 2004 年对微软开口索要 5 亿欧元,几个反垄断官员的开价权还受不受约束?在这三个问题前,人们茫无头绪。茫无头绪,就意味着欧洲的竞争环境遭到严重破坏,因为没有人会在这种情况下,能放心进行以知识产权为核心的高科技投资。

非要把越来越密不可分的一件产品拆成两件,误把参与竞争看作受到伤害,有目的地划分市场以炮制“市场支配者”的罪名,肆意侵犯版权和专利,毫无依据地开列巨额罚单,甚至勒

令厂商制作和出售根本无人问津的产品,这是充满谬误和矛盾的反垄断法,在 21 世纪的欧洲为后代学者研究经济进步史准备的又一份杰作。

第十八章

欧盟的罚单谁付账

总部设在卢森堡的欧洲初审法院 2007 年 9 月 17 日作出裁决,驳回微软公司大部分上诉,维持欧盟对其 4.97 亿欧元(约 6.13 亿美元)的罚款,并支持欧盟对微软提出的两项要求,即微软必须向竞争对手披露其包含数十项专利的通信技术文档,并向市场提供不带媒体播放器的视窗操作系统。

为什么微软要向对手披露自己的专利和技术秘密?初审法院认为:“关于知识产权覆盖通信协议或规范的问题,本院认为毋需进行权衡就可以审议本案。”理由是什么?首先,法院承认了微软具有行使知识产权的选择权:“本院注意到……微软拒绝披露技术资料,可能属于拒绝向第三方发放专利使用许可的一种,这样微软就能根据案例法的原则,作出对自己最有利的选择。”

接着,法院提出了例外原则^①:

^① 参见 Case, Judgment of the Court of First Instance in. “The Court of First Instance Essentially Upholds the Commission’s Decision Finding That Microsoft Abused Its Dominant Position,” 17 September 2007.

“……在特定条件下,具有市场支配能力的一方……拒绝提供技术细节,也可以构成滥用市场支配地位的罪名。知识产权的拥有者,因为拒绝向第三方发放专利使用许可而构成滥用市场支配地位的违法,必须满足三个条件:相关的技术,是相邻市场不可或缺的;拒绝发放专利使用许可,会排挤该市场上的有效竞争;拒绝发放专利使用许可,确实阻碍了具有顾客需求的新产品的出现。……本院认为欧盟在认定这些条件均成立的过程中并无出错。”

我们要问:什么叫“相邻市场不可或缺”?微软的竞争对手们(包括 IBM 和 Sun),是否必须拿到微软“完整而准确”文档技术,才能与微软展开竞争?这样的想法不仅与整个专利和知识产权的构建思想背道而驰,也与基本的事实相差甚远。竞争对手们如果能享用微软的技术文档,当然更容易与微软竞争,但这种做法实质是在偏袒个别人、打击个别人,而整体上严重损害了竞争的理念。事实是,与微软产品并驾齐驱的“工作组服务器操作系统”不仅在欧洲广泛存在,而且正在通过各种方式与微软系统进行“相互操作”。

初审法院和欧盟认为,微软保护自己商业秘密,属于抑制竞争,而只有迫使微软向竞争对手公开商业秘密,才能促进竞争,并刺激更多新产品问世。这种想法,不仅看上去古怪,而且对比过去几百年人类实施知识产权保护的历史经验来看,更是

匪夷所思。这样的思想如果最终获得司法实践的支持,对人类的创新活动势必造成深远而恶劣的影响。

再看第二个问题,为什么微软无权销售带有媒体播放器的操作系统?初审法院认为^①:

“滥用捆绑必须满足四个条件:首先,行为者在捆绑商品上具有市场支配地位;第二,捆绑商品和被捆绑商品必须是两件分离的产品;第三,消费者无法获取不带被捆绑商品的捆绑商品;第四,整个行为必须是抑制竞争的。参照这些条件,本院认为欧盟决定是完全有根据的。”

这里的核心,是操作系统和媒体播放器究竟属于一件产品还是两件产品?要强调的是,没有人见过“只由一件产品构成的一件产品”。任何产品都是通过不同程度的捆绑而制成的。当问题涉及正在迅猛发展的高科技行业,法官和政府官员本应采取更谨慎的态度,而不是对什么叫“一件电子产品”或“一套操作系统”指手画脚。

今天,人们在使用个人计算机最常见的功能——浏览网页时,阅读由不同字体和字号构成的文字块,聆听由不同格式存储的音响,以及观看由不同格式存储和播放的动画,已经是不

^① 参见第134页注释^①。

可分割的整体感受。为什么让视窗操作系统附带媒体播放器的做法,经过六年的反复论证后,竟仍被视作滥用市场支配地位的行为?

对许多普通用户来说,如果操作系统不附带媒体播放器,他就有可能长期不知道自己的系统缺少了一个重要功能,而这个功能必须到某个网站下载和安装才能恢复,而这一切竟然还是免费的!这不是折腾吗?更何况,像媒体播放器那样被操作系统整合的软件数以百计,为什么偏偏要拿其中一个开刀?图形显示、字库管理、网页浏览、文本编辑、磁盘管理、拨号上网、病毒防范,这些软件为什么又可以整合?抑或将来又会被用作巨额处罚的借口?

大众化产品无法为每个用户度身定做,而跨国界、跨语种、跨平台的一致性,反而会带来良好的网络效益。问题是,大多数人选择什么?他们是否别无选择?最近一位叫“马丁”的读者来信,说那些不喜欢微软捆绑软件的用户,受到了不必要软件的骚扰,而他自己则喜欢用“赤裸”的操作系统,还不无自豪地告诉我,他用的是“Ubuntu”!我暗自一笑——我网页的读者超过99%是用微软视窗的,而那大致是无偏的样本。我反问马丁:“有Ubuntu,怎么那么多人还在自愿接受微软的伤害?有空为什么不去劝劝他们?”

赤裸的操作系统,只有不到1%的用户。在欧洲市场上,摘除了媒体播放器的视窗系统,虽然与完整版的视窗系统并列而售,实际却极少人问津。面对千万用户的自由选择的结果,

欧盟反垄断专员克洛斯(Neelie Kroes)的态度是傲慢的。在初审法院公布裁决后,克洛斯的原话是^①:

“我们知道一个厂商就有 95% 的市场份额。这显然是垄断,而且是不可接受的。没有竞争者愿意进入这样的市场。我要微软的市场份额减少到远远低于 95%。我不能说非得是刚好 50% 或别的数值,但一定要大大低于 95%。”

那么,谁来承担使用 Ubuntu 之类系统的责任? 照克洛斯的意思,差不多每两个人当中就必须推出一个人来义务使用非视窗系统,好让微软的市场份额大大下降。让谁来卸载视窗? 不是你就是我,但肯定不是我! 如果有人纠正我,说克洛斯女士并不是要强迫谁来卸载微软视窗,而是要把微软视窗拆散,从而提升 Ubuntu 之类系统的相对竞争力,那么我问:这与强迫所有人都转向 Ubuntu 有什么两样? 这不是更恶劣? 消费者利益是这样保护的吗? 看遍这个案件,看不到什么消费者利益,看到的只是微软的这个或那个竞争对手的名字和利益。

在初级法院发布判决的当天,美国司法部发表声明提醒其

① 参见 O' BRIEN, KEVIN J. and LOHR, STEVE. "Microsoft Ruling May Bode Ill for Other Companies," *New York Times*. September 18, 2007. 及参见 <http://blog.actonline.org/2007/09/nelliekroes-pr.html>.

欧洲的同行^①：

“我们担心初级法院适用的标准，与其说帮助了消费者，还不如说由于打击了创新的积极性，挫伤了竞争的体制，结果伤害了消费者。在美国，反垄断法的实施，是要通过保护竞争环境来保护消费者，而不是保护竞争者的。在无法证明消费者受到伤害的情况下，所有企业——包括占支配地位的企业——从事激烈的竞争，都是备受推崇的。美国法院认识到，当一家企业——包括占支配地位的企业——作出单方面的商业决定的时候，例如给自己受欢迎的产品增加新功能，或者向竞争对手发放知识产权使用许可，或者拒绝发放，对消费者而言都具有潜在的利益。”

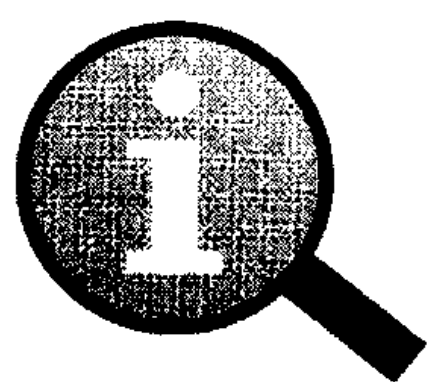
不要忘记，10年前控告微软在产品中捆绑“互联网浏览器”的，恰恰就是美国司法部。那个案件后来遭到了上诉法院的驳回，微软与政府达成和解而了事。司法部这次的声明，可谓觉今是而昨非，有感而发。可为什么？为什么微软如此简单的商业行为，大洋两岸的反垄断执行者经年累月地

^① 参见 Barnett, Thomas O. . “ Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, Issues Statement on European Microsoft Decision, ” D. o. J. Antitrust Division, U. S. A. , MONDAY, SEPTEMBER 17, 2007.

研究,结论竟还如此南辕北辙? 反垄断政策究竟有没有科学基础?

最后值得强调,经济学训练告诉我们,愚蠢而鲁莽的判决造成的冲击,绝不会止于微软。你非要微软留下 6 亿美元的买路钱,微软转身就能以这样或那样的方式转移负担。这与税负总是按照需求弹性的强弱,像涟漪一样无限扩散到全社会的道理是完全一样的。这个案件尘埃落定之后,消费者或许得支付更高的软件费用,或许得接受速度放缓的技术发展,而欧盟将把矛头指向更多的技术创新企业,而创新企业则不得不重新考虑,究竟是搞研发划算,还是打官司划算。无论如何,全部深远的后果,将由整个创新产业和所有消费者来承担。

第五部分：寻租行为



第十九章

寻租有别于逐利

垄断有两类成因：一是在没有准入障碍的市场中通过自由竞争而形成的，二是依靠行政准入障碍才得以建立和滋长的。我的反垄断观点，是对前者的辩护和对后者的谴责。为什么？既然两种行为都是在追求垄断地位，都在攫取最大租值，都能创造利润，都会使某些人变富、且使另外某些人变穷，为什么前者无罪，后者有害？答案蕴含在“寻租”（rent seeking）理论中。其内容是在 1967 年由“公共选择”学派创始人图洛克（G. Tullock）教授阐述^①，而其字眼则是在 1974 年由克鲁格（A. Krugger）提出并风行起来的。

图洛克首先解释^②：“寻租”这个词选得真是糟糕。显然，我们一点也不反对那些，比方说发现了一种治疗癌症的方法，然后通过取得专利而带来的租。我们也不反对，好像迈克尔·

① 参见 Tullock, Gordon. “The Welfare Cost of Tariffs, Monopolies, and Theft.” *Western Economic Journal (now Economic Inquiry)*, 1967, 5, pp. 224 – 32.

② 参见 _____. “Rent Seeking,” M. M. J. Eatwell and P. Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, 2000.

杰克逊这样的艺人，以异乎寻常的方式把各种天然特征结合在一起，依靠个人的努力积累自身的人力资本，从而赚取巨额的租。但是，我们确实反对汽车制造商，通过寻求对进口汽车施加配额而争取租的做法。严格地说，“寻租”仅仅是指后一种行为。

图洛克接着说：对“垄断地位”的追逐是充满了竞争的。为了取得政府的优惠政策，从而形成垄断地位，人们必须消耗大量的资源，尤其要让许多才华横溢的人投身到这个行业。一个学医的人在毕业后就可以行医挣钱了，但有许多接受了学不到谋生技能的教育的人，就人浮于事，长时间地轮候一个比如说是“孟买海关检查员”那样的职位。寻租行为的总成本，是这些人接受的不当教育和他们耍弄的政治手腕。从这个角度来看，就能看到寻租造成的巨大社会成本，并能够让人意识到，那些才华横溢的人本来是可以在别的领域更有作为的。

2007年4月，美国律师协会在华盛顿市中心的一家酒店举行反垄断专题年会，两千多名律师从全国各地赶到，个个西装笔挺，谈吐得体，眼看四面，耳听八方。他们讨论什么话题？我旁听的一个讨论会，是欧盟介绍为什么微软不应该把媒体播放器捆绑到视窗系统里。他们是认真的吗？某律师事务所的合伙人，以前是反垄断机构的头头。我在那里呆了两天，图洛克的话就一直在我脑际盘旋。身旁北京经贸大学的黄勇教授敦促我，要把这个场面介绍给国内读者。我忧心忡忡地点头——中国有朝一日也变成那样？

中国很可能随着反垄断法的实施，迅速形成围绕反垄断法司法的寻租环境，使本来旨在维护市场竞争秩序的法律，变成商人、律师、学者和政府官员等利益集团用来角逐行政保护和政策优惠的角斗场。这个寻租环境一旦形成，就很难逆转。为什么？图洛克给出了极具洞察力的解释。

在1975年的一篇论文中，图洛克论证道^①：只有在一项管制刚开始时就恰好处于有利地位的人才会赚取垄断利润，此后才进入有利地位的人，并不会取得超过平均回报率的好处，而只是在靠他们本来就有的禀赋，赚取其相当于社会平均率的回报。正因为这样，与一般人设想的相反，要解除管制，恰恰会对那些后来才进入垄断地位、而并没有赚取垄断利润的人造成不公平的伤害。这正是他们会激烈抵抗的原因。

以出租车牌为例。纽约出租车牌（medallion）的数量是受政府管制的，一个车牌现在市价动辄几十万美元。拥有出租车牌的人，或者开出租车的司机，赚取了垄断利润吗？没有。只有那些车牌管制之时就拥有车牌的人才获得了垄断利润。后来通过转手才取得车牌的人，都只是在赚取一般投资回报。因此，废除出租车数量管制，会对他们造成不公平的损失。^②

图洛克还解释了为什么欧美不少地区的商铺，会自愿遵守礼拜天不营业的规矩，而且对试图破坏规矩的商铺怀有强烈的

① 参见 _____. “The Transitional Gains Trap.” *The Bell Journal of Economics*, 1975, 6(2), pp. 671 – 78.

② 参见 Ibid.

敌意。推到极端来思考,假如商铺统统每年只营业一天,那么它应有的营业额并不会减少,却能节省全年的营业成本。因此,在统一实施礼拜天休息的商业区,商铺的利润较其他地区高。但是,这些商铺为了进入这种商业区开业,也不得不支付较高的铺租,结果使得两者的平均回报率相等。这时候,在礼拜天不营业的区域,如果有人试图在礼拜天营业,就相当于逼迫邻近的商店增加营业成本。这自然会遭到抵制。^①

在中国,有许多人针对垄断企业职工的高工资和高福利作文章,其实很大程度上是认错了靶子。不管是行政的垄断企业,还是私营的垄断企业,其员工的工资福利都确实比较高。但只要他们是在人人都知道如此以后,才设法进入那些垄断企业,那么他们的工资福利,就只是相当于其人力资本的平均回报水平。在人人都知道中国电信和中国海关的福利待遇特别好的情况下,进入这两个机构的人,就必须表现出特别高的竞争力,包括学历、人事关系和政治手腕。他们即使在别的地方,也往往会比别人赚得多。

这是说,当我们对垄断企业,尤其是对行政垄断企业不满时,其内部员工的工资福利过高并不是恰当的靶子,因为那是必然的结果。要进行有效的反对,就要在行政垄断和行政管制的本身下手。面对中国即将实施的反垄断法,我们有充分的理由预言,它将吸引大量才华横溢的人加入,他们赚取利润是应

^① 参见第 145 页注释^①。

该的。但是，如果芝加哥学派对反垄断法长达半个世纪的考核结果是大致正确的话，那么这整个围绕反垄断法的实践应运而生的行业，就会给本来是自由竞争的经济体造成巨大的社会成本。

第二十章

反垄断的弗吉尼亚观点

当代围绕反垄断政策进行论辩的美国经济学家,可按其思想状况粗略划分为“哈佛”、“芝加哥”和“弗吉尼亚”三个学派。“哈佛学派”主张加大力度和巨细无遗地执行反垄断法;“芝加哥学派”则针对反垄断违法行为逐项提出经济解释,力图劝阻在对市场缺乏理解的情况下武断地实施反垄断政策。然而,两者都默认一个前提,即反垄断政策有助规范市场秩序。

与此对照,“弗吉尼亚学派”挑战这一前提,质问荒唐的政策为何竟能如此顽固地生存。该学派坚定地认为,做决定的永远是个人而不是集体,而那些在公共事业部门工作的人,跟在私营企业工作的人一样,是受其个人利益驱使的。只有考察反垄断司法中处于不同位置的当事人的利益,才能对反垄断法历史作出全面解释。按照麦切斯尼(F. S. McChesney)和舒伽特(W. F. Shughart)的概括,“哈佛学派”和“芝加哥学派”讨论“反垄断该干什么”,而“弗吉尼亚学派”则讨论“反垄断法干了

什么”以及“为什么要这么干”^①。

“弗吉尼亚学派”得名,是由于其主要学者长期在弗吉尼亚州从事研究,而尤其与位于梅森大学(George Mason University)的“公共选择研究中心”有千丝万缕联系的缘故。上文介绍的图洛克(G. Tullock),就是该学派的创始人之一。这里让我再以一章的篇幅,从经济学家、政府反垄断执行机构、原告与被告企业四个方面,扼要介绍反垄断的弗吉尼亚观点。

第一,经济学家。从英国跑到弗吉尼亚教书的科斯(R. H. Coase)说:“19世纪末,经济学家对工业组织产生兴趣时,摆在面前的正是美国托拉斯和德国卡特尔的问题。很自然,随着美国反托拉斯政策的发展,对反垄断问题的研究就成了工业组织领域的主要课题。这有好有坏,而我认为坏大于好。无疑,经济学家被吸引到经济运行的真实问题上来,是好事。但另一方面,很不幸的是,要是你提供不了答案,就无法影响经济政策。结果,人们就被迫成为经济学政客,即那些明明在没有答案的情况下还在提供答案的人。”^②

科斯继续说出后来经常被引用的名句:“……每当经济学家看到他无法解释的现象——这样或那样的商业行为——他

① 参见 McChesney, Fred S. and Shughart, William F.. *The Causes and Consequences of Antitrust : The Public-Choice Perspective*. Chicago, Ill. : University of Chicago Press, 1995.

② 参见 Coase, R. H.. “Industrial Organization: A Proposal for Research, 1972,” *The Firm, the Market, and the Law*. The University of Chicago Press, 1988b.

就在垄断上找理由。而由于我们在这个领域是非常无知的,所以也就有着大量无法解释的现象,于是在垄断上找理由也就成了家常便饭。”^①麦切斯尼则进一步指明,在1977年高等法院判决后,美国法庭在私人发起的反垄断诉讼中,更着重让经济学家定量评估经济效益和伤害。这一倾向给经济学家大开就业之门。靠想象来构建模型,按需要取舍数据,凭着直觉界定相关市场,为经济学家带来滚滚财源。^②

第二,政府的反垄断执行机构。费斯(R. Faith)等人在1982年用实证数据表明,国会议员涉嫌运用其拨款权,对作为美国反垄断法执行机构之一的联邦贸易委员会施加压力,以解救那些遭受反垄断审查的企业为条件来换取选民的选票。^③威佛(S. Weaver)则关注“反垄断机构喜欢告谁”的问题,并发现那些容易被法庭接受并让律师的赚钱的案件更受青睐,而那些严重影响消费者利益但较难立案的领域则被忽略了。^④卡斯曼(R. Katzmann)也指出,反垄断执行机构的官员,往往喜欢挑

① 参见 Ibid.

② 参见 McChesney, Fred S. . “The Role of Economists in Modern Antitrust: An Overview and Summary.” *Managerial and Decision Economics*, 1996, 17(2, Special Issue: The Role of Economists in Modern Antitrust), pp. 119 – 26.

③ 参见 Faith, Roger L. ; Leavens, Donald R. and Tollison, Robert D. . “Antitrust Pork Barrel.” *Journal of Law and Economics*, 1982, 25(2), pp. 329 – 42.

④ 参见 Weaver, Suzanne. *Decision to Prosecute: Organization and Public Policy in the Antitrust Division*. The MIT Press, 1980.

选内容简单、意义琐碎但胜算较大的案件,以便迅速建立自己的专业名声,然后跳槽到有名的律师事务所工作。^①

中国日前出台的《反垄断法》,置各种既有的行政垄断和专营特权于不顾,说明在背后推动反垄断法实施的真正力量,并不是对市场秩序的维护,也不是对经济效率的权衡,而是行政力量的较量。更值得注意的是,近年来在美国和欧洲,利用本土反垄断法进行贸易保护的情况越来越普遍。在中国,呼吁尽快出台反垄断法,以使用来保护民族工业,则往往被认为是天经地义而不需要掩饰的举动。

第三,原告企业。对原告行为影响最大的是“三倍赔偿”(Treble Damages)惯例,即原告如果胜诉,可以得到三倍于其损失的赔偿的规定。这鼓励了大量在市场上无法赢得消费者支持的企业,转而求助于经济学家和律师,试图在法庭上追回经营损失和击败对手。从这一经验教训来看,中国反垄断法执行机构的设置,宜集中不宜分散,宜上交不宜下放,因为高高在上的集权机构,反而较容易受限于执法资源,从而削弱企业靠打官司来谋生存的冲动。

第四,被告企业。反垄断司法对被告的影响,是迫使他们绕道而行,从事那些在自由竞争条件下本来是得不偿失的商业活动。经济学家比图林梅亚(G. Bittlingmayer)在1985年的

^① 参见 Katzmann, Robert A.. *Regulatory Bureaucracy: The Federal Trade Commission and Antitrust Policy*. MIT Press, 1980.

《反垄断政策是否造成了大兼并热潮?》中指出^①,20 世纪初之所以出现兼并热潮,正是因为当时的反垄断执法者严厉打击企业之间本来是健康的价格协议,使企业不得已采用交易费用更高的合并策略来躲避管制的缘故。不难想见,假如今天反垄断机构忽然对连锁经营协议采取敌对的态度,以任何理由认定它“限制贸易自由”或“企图取得垄断”,那么新一轮的兼并热潮——把本来分立的企业在形式上强行结合起来——就很可能出现。

弗吉尼亚学派(更多被称为“公共选择”学派)对反垄断以及其他经济政策的贡献,是破除了“公共政策和公共机构必然服务于公共利益”的迷信,破除了“反垄断机构控告企业肯定是为了促进竞争”的迷信,破除了“法官的判决肯定有道理”的迷信。它从各方当事人的利益出发,成功解释了为什么显然非常简单的经济谬误竟然长期存在并被顽固鼓吹的原因。在哈佛学派和芝加哥学派就“如何设计反垄断法”争论了半个世纪后,从弗吉尼亚学派观点来研究“为什么会热衷搞反垄断法”,相对而言是一块尚未开垦殆尽的学术领域。

^① 参见 Bittlingmayer, George. “Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave?” *Journal of Law and Economics*, 1985, 28(1), pp. 77 - 118.

第二十一章

法与经济学的缘起

鲁迅说：“世上本没有路，但走的人多了，也就成了路。”真是这样！本来是没有“法与经济学”这门学科的。是美国一群关心经济学在法律中的应用的学者，包括那些在本系列里一再出现的戴维德、科斯、阿尔钦、德姆塞茨、布坎南、图洛克、博克和波斯纳等人，以其独特的远见、耐心、技巧和学识，有意开拓了这块跨学科领域，并结出了丰硕的果实。

源头是戴维德（A. Director）对反垄断案的讨论。1937年，还在攻读经济学博士的戴维德跑到英国，准备以英格兰银行的内部数据为材料撰写毕业论文。但是，英格兰银行拒绝让他接触有关的数据。就这样，他博士学位就这样永远耽搁下来了。在英国的那一年，他结识了伦敦经济学院的著名经济学家罗宾斯（L. Robbins）和普兰特（A. Plant）。罗宾斯替戴维德写了封分量极重的推荐信，让戴维德回到芝加哥大学找工作。

怎么安置这位显然才华横溢，但没有博士头衔，所以很难放在经济系的年轻人呢？最终，戴维德被委任为法学院的经济学教授，而办公室则安排在图书馆的书堆里。正是这样，戴维德才开始翻阅反垄断案的卷宗。不难想见，在那个时候，“垄

断”和“企图垄断”可能是各门法律中与经济学最沾边的辞藻了。

戴维德很快发现,在一个个反垄断案件里,法官的推论都是错的。他阅读、思考,逐渐形成了自己对反垄断问题的分析框架。他的分析框架,很快又成为教员们认真讨论的话题。反垄断法教授李维(E. Levi)后来邀请戴维德一起上课,而时间分配是4:1。

李伯乐(W. Liebler)是这样记述的:“每个礼拜有四天,李维按部就班介绍法律,用法律思维的传统方式,把案件一个个串联起来,然后加以总结,从而解释案情,并说明其中的合理性。四天下来,李维都这么干;而每个礼拜有一天,戴维德会给我们解释,李维在前面四天讲的都是胡说八道。他用经济分析表明,法学分析根本站不住脚。”

诺贝尔经济学奖得主斯蒂格勒(G. Stigler)也这么描述他和戴维德的交往:“这种情况多得让我真有点尴尬:我充满信心地谈论某个话题,说出我一直认为正确的观点,但是双方和和气气地进行半小时的苏格拉底式交谈后,我发现自己是完全没有根据的。不是我一个人有这样的经验。他通过那种私下交流的方式给我的影响,要比我认识的其他人大很多倍。”不用说,戴维德也深深地影响了自己妹妹的丈夫,另一个诺奖得主弗里德曼(M. Friedman)。许多年后,当人们问弗里德曼有没有犯过错时,弗里德曼回答:“我以前赞成反垄断法,但后来

发现它造成的危害要更大。”^①

围绕着戴维德，发生了一连串的事情。戴维德主编的《法与经济学期刊》，不仅刊登了科斯关于社会成本的名文，还最终把科斯请到了芝加哥大学。戴维德的学生纷纷出道，包括写

① 参见 Friedman, Milton. “The Risky Road to Regulation.” *National Post*, 1999, Section C. “多年来，我对反垄断法的认识发生了重大的变化。我刚入行的时候，作为一个竞争的支持者，我非常支持反垄断法，我认为政府能够通过实施反垄断法来推动竞争。但多年的观察告诉我，反垄断法的实施并没有推动竞争，反而抑制了竞争，因为官僚总舍不得放弃调控的大权。我得出结论，反垄断法的害处远远大于好处，所以最好干脆废除它。”（“When I started in this business, as a believer in competition, I was a great supporter of antitrust laws; I thought enforcing them was one of the few desirable things the government could do to promote more competition. But as I watched what actually happened, I saw that, instead of promoting competition, antitrust laws tended to do exactly the opposite, because they tended, like so many government activities, to be taken over by the people they were supposed to regulate and control. And so, over time, I have gradually come to the conclusion that antitrust laws do far more harm than good, and that we would be better off if we didn't have them at all, if we could get rid of them.”）

《反垄断悖论》的博克(R. Bork)^①、写《反垄断法》和《法的经济学分析》的波斯纳(R. A. Posner),还有分析标准石油案的麦基(J. McGee)等。这些事件无疑都与“法与经济学”的兴起有直接的关系,但不能不提的是,在戴维德的许多学生当中还有个叫曼尼(H. Manne)的。

曼尼通过办教育,不仅把“法与经济学”这门学科推向了全美的法学院,还推向了全美的法院。1971年,曼尼开始每年在罗彻斯特大学举办为期三周半的课程,请杰出的经济学家给法学教授讲“价格理论”。到1974年,随着曼尼转到迈阿密大学,“法与经济学中心”正式成立。到1986年,中心迁居到乔治·梅森大学,而曼尼则成为梅森大学法学院的院长,一做就是十年,至今仍是荣誉院长。

在过去数十年里,“法与经济学中心”举办过大量讲座,有

① 参见 Bork, Robert H. . *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978. 第63页,“现代的反托拉斯政策破败如斯,已经在学术上不配尊重了。其中一部分在法律上不配尊重,而更大部分则在经济学上不配尊重。由于它貌似一个目标,而在追求它的过程中却往往适得其反,也由于它过于经常地引发对我们的政府和社会形态有害的效果,我现在想说,它大部分在政治上也是不配尊重的。”(at 63, “Modern antitrust has so decayed that the policy is no longer intellectually respectable. Some of it is not respectable as law; more of it is not respectable as economics; and now I wish to suggest that, because it pretends to one objective while frequently accomplishing its opposite, and because it too often forwards trends dangerous to our form of government and society, a great deal of antitrust is not even respectable as politics.”)

超过 400 位联邦法官自愿参加过学习,而应邀开讲的经济学家,则包括哈耶克、科斯、布坎南、图洛克等人。弗里德曼当年在瑞典领完诺奖,回美国第一站,就是到该中心讲课。阿尔钦始终是热情的支持者,而他和亚伦(W. Allen)合著的经济学教科书,则一直是讲座的指定读物。令许多人诧异的是,萨缪尔森(P. Samuelson)也非常赞赏该中心的所作所为,所以曾经连续 17 年参加讲座。更有趣的是,在第一次讲座结束后,法官们带着疑惑的神情问:这是怎么回事?萨缪尔森教的经济学怎么好像跟阿尔钦的一样?(当然,作为阿尔钦教科书的译者,我肯定他们两人的教科书是不一样的。)

该中心产生的影响有两个:一,现在美国几乎所有法学院都配备了经济学教授;二,经济学思维显然影响了美国法官的思维方式。据曼尼回忆,一位巡回法院的首席法官在课后的晚餐中,激动地谈论着当天的课程内容,拍着桌子感叹道:“我要知道×××为什么以前没人跟我说过这个。”而另一位法官在第三次参加讲座时说:“曼尼让我头一回明白,要得到任何东西都是要付出代价(cost)的。”

以上故事,根据科斯写的《戴维德》^①、吉弛(E. Kitch)写

① 参见 Coase, R. H. . “Director, Aaron,” P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics & Law*. Macmillan, 1998.

的《真理之火：回忆芝加哥大学的法与经济学》^①、曼尼写的《法与经济学在充满敌对的社会里是如何传播的》^②与《乔治·梅森大学法学院的思想历史》^③，以及布坎南和阿尔钦的忆述写成。读者朋友，写这个“解释反垄断”系列，用掉了我2007年夏天最美好的时光，因为我希望类似的插曲也能发生在中国。

① 参见 Kitch, Edmund W.. “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932 – 1970.” *Journal of Law and Economics*, 1983, 26(1), pp. 163 – 234.

② 参见 Manne, Henry G.. “How Law and Economics Was Marketed in a Hostile World: A Very Personal History,” F. Parisi and C. K. Rowley, *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. 2005, 309 – 27.

③ 参见_____. “An Intellectual History of the George Mason University School of Law.” Copyright © 1993, *Law and Economics Center*, 1993.

第二十二章

反垄断法拓宽寻租之门

传说中的“市场经济宪法”——反垄断法的中国版经过 13 年的酝酿,于 2007 年 8 月 31 日正式由立法机关表决通过,并定于 2008 年 8 月 1 日正式实施。过去多年,我对反垄断法(主要是在美国一百多年的司法实践)不遗余力地介绍和批评,认为若在中国引入该法,无论怎样雕琢条文的枝节,它带来的负面影响都要比正面影响大得多。之所以格外关注,是因为它特别容易引起人们不切实际的期待,特别容易赢得本该反对它的经济学者的支持,也特别容易产生种种与其支持者的愿望背道而驰的结果。今天反垄断法在中国正式落地,我认为不是国人“学习和反思反垄断法”到了尾声,也不是即将进入尾声,而只是序幕刚刚结束。

在这篇文章中,让我连贯地叙述以下密切联系的主题:一、国内学者(尤其是经济学者)普遍低估了反垄断法的微妙,自负地以为经济学可以正确地指导反垄断实践;二、就通过的《反垄断法》的核心内容而言,经济学均未提供可靠和可操作的理论依据;三、就《反垄断法》的限定条件而言,每条规定都留下了宽松而模糊的赦免条款,给反垄断执行机构留下了极大

的酌情权；四、就《反垄断法》对行政垄断的规定而言，行政垄断反而得到了法律形式的豁免和确认；五、就《反垄断法》对执法机构的设置而言，司法机构的职能重叠，进一步增加了司法结局的不确定性；六、非行政垄断的市场领域将涌现寻租活动。

一、学者普遍自负

九年前，我开始在专栏文章中批评美国的反垄断法。八年前，央视《经济半小时》邀请我上京，与当时“挑战微软霸权”的方兴东对话。因为其中涉及反垄断法问题，编辑要我推荐几位支持我观点的中国经济学者。事前没有任何沟通，我只能凭感觉。假如我推荐的人，到头来反对我，那是双料尴尬。

找谁呢？我最有信心的是周其仁和张维迎。可是，央视告诉我，他俩都不在。我于是去拜访茅于軾。谈到微软和垄断，茅于軾给我介绍如何用市场份额的平方和的平方根来确定垄断程度，然后根据成本计算合理利润，从而让政府来管制垄断。在座的老同学尹忠东回答：“要是这样来处理垄断，垄断者还会有积极性去控制成本吗？”

后来，央视找了盛洪。他的原话是：“我们如果放弃建立反垄断法的权利，微软就会哈哈大笑。”电视播出来，还印在《南方周末》上。茅于軾被公认是市场经济的旗手，而盛洪因为翻译了科斯的著作还被科斯邀请到芝加哥大学呆过半年。恰恰因为这样，他们对反垄断法的观点才深深刺痛了我。我跟

一位熟悉科斯思想的经济学家谈起此事，他打趣说：“跟科斯握过手的人都不应该赞成反垄断法。”

去年，我到哥伦比亚大学旁听一场演讲。演讲者王晓晔教授，是来自中国社会科学院的反垄断法起草委员会的顾问。我问王教授：“中国的反垄断法，将通过什么机制来确保‘反垄断执行机构’具备充分知识，以裁决哪一种商业行为有利或不利于市场竞争？”王教授略显惊讶：“知识？你是说知识？我们在反垄断法问题上已经掌握了大量知识。在场很多人都是法律专家。我们有知识，但我们还要去训练。我们需要训练出大量法律人才，来进行反垄断法的执法。”

我不怀疑上述三位学者对市场经济的支持。一年多前，我请朋友将国内市面销售的反垄断书籍搜集起来。这批书籍中，虽然什么“反垄断法是市场经济的根本大法”，什么“反垄断法可以维护竞争秩序”之类的空话抄来抄去，此起彼伏，而真正深入美国卷帙浩繁的案例，了解反垄断法究竟干了些什么的作者凤毛麟角，但我也不怀疑这批书籍的每个作者，都是锐意维护竞争秩序和提高经济效益的。问题是，大部分人低估了反垄断政策的微妙，不知道经济学对大量商业行为仍然处于无知的状态，而在无知的状态中大刀阔斧地搞反垄断，必将造成事与愿违的后果。

到了大众媒体那里，反垄断法简直就成了许愿树。人们不仅一厢情愿地想用反垄断法来撼动行政垄断，还想用它来对付外国企业势力的经济渗透，用它来压抑因需求增加而导致的春

运车票涨价,用它来抑制因时局变幻而导致的能源涨价,还要用它来抑制因通货膨胀而导致的房价、肉价、菜价和面价的上涨。在他们看来,任何“价高、量少、质低”的经济问题,根源都在于黑心商人狼狈为奸;而实施反垄断法,就能把坏人抓出来,把问题解决好。

二、经济学未对反垄断法提供支持

产业经济大师德姆塞茨(H. Demsetz)在纪念谢尔曼法颁布100周年的会议上致辞时,曾经一针见血地指出:“在我们对竞争的理解中,还没有出现与反托拉斯有关系的内容。”(We do not yet possess an antitrust-relevant understanding of competition.)^①这不是说经济学还未曾去观察和解释竞争过程,也不是说经济学者还根本不理解反托拉斯法或反垄断法的立法原意,而是说,随着经济学对市场、产业组织和竞争过程的深入研究,经济学家仍然不能对过去一百多年反垄断政策的所作所为,找到确凿的理论支持。

拿着刚颁布的《反垄断法》,让我们先看粗枝大叶,然后再看细节末梢。整部法律要处理的核心课题有三个:(一)界定“市场支配地位”,即说清楚什么是垄断;(二)界定“滥用市场

^① 参见 Demsetz, Harold. *100 Years of Antitrust : Should We Celebrate?* Arlington, Va. : George Mason University School of Law, Law and Economics Center, 1991.

支配地位的行为”，即规定禁止垄断者从事何种行为；（三）界定“垄断协议”，即规定禁止垄断者或非垄断者从事何种行为。让我逐一说明，为什么经济学对这三个课题均不提供理论支持。

关于市场支配地位，《反垄断法》不加以限定地规定：

“有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：（一）一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；（二）两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；（三）三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。”

这样的规定，从表面上看是极其生硬的，但实质上是授予了执法者无限的酌情权，让他们随意认定被调查企业的“市场支配地位”。这是因为“市场份额”直接取决于“相关市场”的划定，而什么才是“相关市场”，根本就没有标准可言。退一万步说，即使一个企业确实具有“市场支配地位”，经济学上也无法推断这是反竞争或损害效率的。在无数的场合，由于约束条件和产业结构的特点，恰恰是激烈竞争才导致了成功企业的规模，而企业必须具备规模才可能带来效率。

关于滥用市场支配地位。《反垄断法》规定的“滥用市场支配地位”的行为包括：

“(一)以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；(二)没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；(三)没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；(四)没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；(五)没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；(六)没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”等。

将上述行为视作反竞争和损害效率、并试图以反垄断法来进行规制的想法，是缺乏经济学基础支持的。理由是：任何企业，包括处于市场支配地位的企业，都无法仅仅通过从事上述行为来达到损人利己的目的。成交价格总是通过供求关系互相作用自发形成的，而从来不是根据某些人的一厢情愿设定的。即使是垄断者，也只存在一个价格能令其利润达到最大，过高或过低的定价都会使他自己受损，更不用说拒绝交易了。更何况，由于顾客的需求强弱总是参差不齐的，所以企业在交易上实施“差别待遇”，就几乎总是能够促进竞争和效率。这是说，当反垄断法执行者认为自己看到了价格过高、过低、不公平、拒绝交易、搭售商品和差别待遇等市场现象时，经济学能够做的，是向他解释为什么企业和消费者都自愿在那样的条件下行事并互惠互利，而不是向他提供指南，让他去修理别人的

行为。

关于垄断协议。《反垄断法》规定：

“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格；（二）限制商品的生产数量或者销售数量；（三）分割销售市场或者原材料采购市场；（四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；（五）联合抵制交易”等。《反垄断法》还规定：“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：（一）固定向第三人转售商品的价格；（二）限定向第三人转售商品的最低价格”等。

的确，在美国反垄断法实施的初期，即 20 世纪 60 年代前，上述大部分商业行为都是以“本身原则”被法庭判定为违法的。所谓“本身原则”，就像“闯红灯”一样，法庭一旦认定了行为事实，那么不管当事人持什么理由违规，都算违规。采用“本身原则”，立法者和执法者必须有充分理据在事前就断定，要管制的行为肯定有害，或在概率上肯定弊大于利。如果缺乏这样的确定性，就应该舍弃“本身原则”，转而采用“理性原则”，即一种行为是否被裁定为违法，不仅取决于当事人是否做了，还得酌情考虑其行为的原因、动机和后果。

然而，随着经济学对企业行为的深入解释，那些一度被肯定地认为是反竞争和损害效率的商业行为，逐渐被人们看清其

促进竞争和提高效率的一面。结果，“本身原则”逐渐被“理性原则”取代。具体地说，企业协同固定或变更价格，可能是由于它们的产品规格接近，每家企业都是“受价者”而导致的。例如，方便面厂商的集体提价，显然是它们共同受到通胀压力影响的结果，而不是出于贪婪而进行勾结使然。另外，分割市场和限定转售价格，也可能是厂商为了刺激它们在价格以外进行竞争的制度安排。2007年6月28日，美国最高法院罕有地推翻自己在1911年对“迈尔斯博士医药公司案”（*Dr. Miles*）的判决，其理由恰恰就是大量经济学研究表明，价格上的锁定有利于促进服务上的竞争^①。

综上所述，对于《反垄断法》要处理的三大课题，即界定“市场支配地位”、界定“滥用市场支配地位的行为”和界定“垄断协议”，经济学要么不能提供理论支持，要么提供了截然相反的观点。例如，经济学显然不能提供如何界定“市场支配地位”的知识，而至于禁止“协同调整价格”、“搭售”、“分割市场”、“区别待遇”和“规定最低零售价”等做法，经济学的见解恰恰是与反垄断政策背道而驰的。在一般的情况下，面对各种较不寻常的制度安排，经济学家是不理解，而不是看懂了而且知道更优胜的方案在哪里。

^① 参见 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, Decided June 28, 2007.

三、反垄断双语贯穿条文

必须马上指出,《反垄断法》为其规定的每一项违法行为,都随即附加了赦免条款。这样做的原因有两个。原因之一,是立法者认为被提及的商业行为,既有促进竞争的时候,也有抑制竞争的时候,所以故意留下斟酌余地。换句话说,它是在有关规定中明确,司法过程将按“理性原则”进行。

例如,在确定“市场支配地位”的条文中,虽然没有限定性的词语,但由于“相关市场”的划定的酌情权完全在执法者手上,所以这个规定也就留下了斟酌余地。再例如,在第十三条和第十四条禁止了一系列垄断协议形式后,第十五条就随即列明了对应的赦免条款:只要能证明是为了改进技术,或开发新产品,或提高产品质量,或提高竞争效率,或节约能源,或保障对外贸易中的正当利益,就能赦免。又例如,第十七条在禁止一连串的滥用市场支配地位的行为前,都一概加上了“不公平的”或“没有正当理由”的限定,所以只要执法者认为“公平”或“有正当理由”,该条款涉及的商业行为也可以得到赦免。

这种结构上诸如“本法禁止某某垄断行为,但若它确实有助提高效率,便不属垄断行为”式的条文和论断,在美国和其他各国反垄断的百年实践中其实随处可见,常被称为“反垄断双语”(double-talk)。这不仅说明反垄断法还拿不准究竟要反什么,更说明咬文嚼字是反垄断司法的特征。毕竟,是不是

“为了改进技术”或“为了提高竞争效率”，难有明确标准。由于《反垄断法》中存在大量反垄断双语，将来政府和企业可能要付出数以亿计的金钱，来让经济学家、律师、媒体从业者和政府官员进行咬文嚼字。

四、行政垄断享受豁免

目前《反垄断法》为其规定的每一项违法行为都立刻附加了赦免条款，其第二个原因，是要以法律形式保护大部分现行的行政垄断。我曾经一再强调，唯一应该反对的垄断，就是政府设置的准入障碍和经营特许。如果解除了政府保护，市场上出现的一切似乎是垄断的竞争形态，其实就都是自由竞争的结果。然而，要拆除政府设置的准入障碍和经营特许，并不能寄希望于反垄断法。反垄断法只不过是一个部门法，无论法律地位还是执法力度，都堪称微不足道。不幸而言中。细看《反垄断法》，期待靠反垄断法来对付行政垄断的人会大失所望。

第四条定下政府干预的基调：

“国家制定和实施与社会主义市场经济相适应的竞争规则，完善宏观调控，健全统一、开放、竞争、有序的市场体系。”

第七条对行政垄断作出豁免：

“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者的合法经营活动予以保护。”

这样，电信、航空、邮政、烟草、能源、电力等行业就都有可能完全解脱。不少人一直以为，推出反垄断法这样的庞然大物，至少能替他们争取一点诸如“免双向收费”这样的蝇头小利。看过这条规定，他们作何感想？

此外，《反垄断法》对“市场垄断”和“行政垄断”两者给予了明显的区别对待。对于“市场垄断”，即在市场竞争下形成的垄断者，《反垄断法》明确规定了禁止其从事的行为，如第十三条、第十四条和第十七条。但是，对于“行政垄断”，《反垄断法》并不明确规定禁止其从事的行为，而是先默许其行为，然后对其行为的效果提出了要求。例如，第七条在确立了行政垄断的合法合理性后，《反垄断法》提出：“前款规定行业的经营者……不得利用其控制地位或者专营专卖地位损害消费者利益。”这里，“控制地位”和“专卖专营”本身显然是不视作损害消费者的利益的。

只是在一些不涉及行政垄断结构的领域，《反垄断法》对地方政府的行为作出了规制。第三十三条规定，行政机关和具有管理公共事务职能的组织“不得妨碍商品在地区之间的自由流通”，包括不得“对外地商品设定歧视性收费项目”、不得

“对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求”、不得“限制外地商品进入本地市场”等。这些规定本身都是积极的，一般地有利促进竞争和增进社会福利。问题在于第三十三条与前述第四条如何协调，在于反垄断法执法机构与地方政府行政力量如何抗衡。

五、执法机构职能重叠

第九条规定：

“国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作。”这些工作包括：“（一）研究拟订有关竞争政策；（二）组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告；（三）制定、发布反垄断指南；（四）协调反垄断行政执法工作”等。

第十条规定：

“国务院规定的承担反垄断执法职责的机构负责反垄断执法工作。”

值得注意的地方是，反垄断委员会不仅负责《反垄断法》的细节完善工作，还负责协调和指导反垄断的工作。这与负责

执法工作的反垄断执法机构产生了职能重叠。这种设置,将给反垄断法司法结果带来更大的不可预测性。

撇开具体条文的优劣对错,不论反垄断法如何规制企业行为,它的司法结果越是容易被有关当事人预测,司法成本就越低,对经济运行的行政干扰就越少。相反,要是即使当事人愿意依法办事,但读完法律后仍然不知道自己将要进行的商业活动是否违法,其结果不仅涉及至少两个执法部门,而且也与自己的公关效果有关,那么整个反垄断法的司法成本就会变得相当高昂。不怕明确规定,就怕没有明确规定,这是许多企业的忧虑。

例如,《反垄断法》对企业集中规定了报批程序。我们知道,企业间的收购和合并计划,往往要经过精心的论证、艰苦的谈判、时机的配合以及严格的保密过程。无论成败,都要花费巨额的成本,而相关消息也往往会引发金融市场的波动。因此,立法者有必要帮助当事人在事前尽可能准确地预测其计划被批准的可能性。国际上常见的做法,是在实施反垄断法的同时,制定、颁布和定期修订各门类的《反垄断法执行指南》,其中当然包括“合并指南”,从而让企业衡量难易,避免企业和执法者双方都付出不必要的代价。目前,美国、欧盟、加拿大、澳大利亚和新西兰等地都有类似的指南。我认为,在实施包含大量反垄断双语的《反垄断法》前,应该配备内容较详尽且标准较清楚的《执行指南》,才能缓解司法结局难以预测带来的副作用。

六、寻租活动将大增

反垄断法历来含糊,原因是多重的。首先,是因为人们对产业安排的认识肤浅,同时又对自己的知识过分自信而造成的。对此,科斯(R. H. Coase)说过两段精彩的评论。一是:“我被反垄断法烦透了。假如价格涨了,它就说是‘垄断性定价’;价格跌了,它就说是‘掠夺性定价’;价格不变,它就说是‘合谋性定价’”。^① 二是:“每当经济学家看到他无法解释的现象——这样或那样的商业行为——他就在垄断上找理由。而由于我们在这个领域是非常无知的,所以也就有着大量无法解释的现象,于是在垄断上找理由也就成了家常便饭。”^②

其次,由于反垄断法摆在那里,法庭和政府执法部门的要求摆在那里,原告和被告的巨大经济利益摆在那里,于是在一些明明不可能有答案的地方,人们也不得不假装存在答案,并热衷于提供答案。科斯说:“经济学家被吸引到经济运行的真实问题上来,无疑是好事。但另一方面,很不幸的是,要是你提供不了答案,就无法影响经济政策。结果,人们就被迫成为经

① 参见 Kitch, Edmund W.. “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932 - 1970.” *Journal of Law and Economics*, 1983, 26(1), pp. 163 - 234.

② 参见 Coase, R. H.. “Industrial Organization: A Proposal for Research, 1972.” *The Firm, the Market, and the Law*. The University of Chicago Press, 1988b.

济学政客，即那些明明在没有答案的情况下还在提供答案的人。”

再有，为了不触及现有行政垄断主体，《反垄断法》正式免除了行政垄断结构的责任。几乎每项规定都有相应的非常宽泛的赦免条款，使得反垄断执行机构的酌情空间非常巨大。功能有所重叠的反垄断执行机构进一步加大了反垄断司法结局的不可预测性。巨大的灰色地带将迫使企业间的竞争，从力争满足消费者的方式，转为力争说服反垄断官员的竞争方式，即从致力于创造利润，转为致力于寻租。用一句话概括我对《反垄断法》的评论：在行政垄断得到豁免的同时，《反垄断法》将给竞争的市场领域引入一个权力将迅速膨胀的行政机构，非行政垄断的企业和政府之间的寻租活动将大大增加。

第六部分：司法改革



第二十三章

反垄断如何利用经济学*

一、背景

在 1890 年美国国会通过反托拉斯法时，国会的原意是要打击两类商业行为，即（1）“限制贸易或商业”的行为^①；和（2）“垄断或企图垄断”的行为^②。这两类行为貌似邪恶，国会的意愿和行动也就貌似正义。然而，究竟哪些行为会通过

* 本文原载《北京大学学报》。

① 参见 15 U. S. C. § 1. “第一条：任何契约，以托拉斯形式或其他形式的联合、共谋，用来限制州际或国际的贸易或商业，是非法的。任何人签订上述契约或从事上述联合或共谋，是严重犯罪。”（Section 1 of the Sherman Act provides that “[e]very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.”）

② 参见 15 U. S. C. § 2. “第二条：任何人垄断或企图垄断，或与他人联合、共谋垄断州际或国际的商业和贸易，是严重犯罪。”（Section 2 of the Sherman Act provides that “[e]very person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony. . . .”）

“限制”或“垄断”造成危害，当时的执法者一无所知。为此，法学者和经济学者努力至今，已经花了一个多世纪的时间。

这“世纪求索”带来的后果好坏参半。一方面，它催生了“法与经济学”和“产业组织”两门学科的兴起。今天，即使是不赞成把经济学看作反垄断政策唯一基础的人，也至少不会否认经济学对反垄断政策产生了深远影响；而一些学者，如波斯纳(R. A. Posner)，则干脆断定反垄断政策的唯一基础就是经济学^①。但另一方面，经济学界绝非铁板一块。不

^① 参见 Posner, Richard A. . *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001. at ix. 在第 ix 页,本书第一版是在四分之一世纪前印行的,当时的副标题是“一个经济的角度”,暗示还有其他角度。在这当中的岁月里,其他的观点都已经大部分衰落了,为了纪念这一变化,我在这个新版里把那个副标题去掉。(“The first edition of this book, published a quarter of a century ago, bore the subtitle ‘An Economic Perspective,’ implying there were other perspectives. . . . In the intervening years, the other perspectives have largely fallen away, a change that I have marked by dropping the subtitle from this new edition.”) at p. vii. 在第 vii 页:“今天几乎任何一个以职业身份参与反垄断实践的人士,不管是立法者、起诉人、法官、学者还是资深观察员,都不仅同意反垄断法的唯一目标就是提高经济效益,而且对那些用以判断一种特定商业行为是否与该目标一致的经济理论所蕴涵的基本信念,也是具有共识的。”(and “[a]lmost everyone professionally involved in antitrust today - whether as litigator, prosecutor, judge, academic, or informed observer - not only agrees that the only goal of the antitrust law should be to promote economic welfare, but also agrees on the essential tenets of economic theory that should be used to determine the consistency of specific business practices with that goal.”)

断地有新的理论和模型涌现,试图证实反竞争商业行为的存在。这些探索常常走得太远,企图通过回答一些本来没有答案的问题,来获取反垄断政策执行者的青睐。对此,一些学者,如科斯(R. H. Coase),认为“世纪求索”的负面效果超过了其正面效果^①。

情况或许没有科斯说的那么糟糕。反垄断的经济理论当然存在大量的对抗。以最粗的线条来划分,我们看到了大约从

① 参见 Coase, R. H., *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988a. at 66. 第 66 页,因此很自然,随着美国的反垄断政策的发展,在产业组织理论中关于反垄断的话题便主导了这个主题。它的效果有好有坏,但我认为迄今为止坏的多于好的。……帮助别人的愿望无疑是崇高的,但如果你不作任何回答,你就无法影响政策。于是,这就鼓励了人们变成经济方面的政治家——即那种即使在不存在答案的场合还提供答案的人。这种倾向打击了人们对数据和研究价值提出质疑的积极性,使得在这个领域里的许多能干的学者,要接受一种在别的场合本会遭到拒斥的数据和分析的标准。(“It was therefore natural that, with the development of antitrust policy in the United States, interest in the antitrust aspects of industrial organization came to dominate the subject. This has had its good and its bad effects but, in my opinion, the bad by far outweigh the good. . . . The desire to be of service to one's fellows is, no doubt, a noble motive, but it is not possible to influence policy if you do not give an answer. It has therefore encouraged men to become economic statesmen - men, that is, who provide answers even when there are no answers. This tendency has discouraged a critical questioning of the data and of the worth of the analysis, leading the many able scholars in this field to tolerate standards of evidence and analysis which, I believe, they would otherwise have rejected.”)

1950年代起到1980年代止“哈佛学派”与“芝加哥学派”的对抗,也看到了近10年来所谓的“后芝加哥学派”对“芝加哥学派”的反动^①。但是,反垄断实践往往不是这些理论被人随机选用的结果。相反,当新理论战胜了旧理论后,不是那个旧理论东山再起,而是另一个更新的理论,携带着新的前提假设和运行机制,再战胜那个次新的理论。假如把整个反垄断的经济学研究看作是“反竞争行为”的排查工程的话,那么排查区域已经越走越广,因为常见的商业行为,都已经被逐一证明并不具备人们原来以为具备的反竞争效果了。反垄断司法的“本身原则”(per se illegality),过去几十年在大范围内被“理性原则”(rule of reason)取代,就是经济学理论这一进步的实际体现,尽管后者离前者仍有较长的滞后^②。

但正因如此,反垄断实践至今仍充满了冲突,而冲突有三个层面:(1)反垄断政策的整体去留层面:在许多学者主张大

① 参见 Hovenkamp, Herbert. *Antitrust*. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005., at pp. 35 – 39.

② 参见 Schmalensee, Richard. “Thoughts on the Chicago Legacy in U. S. Antitrust.” *eSapience Center for Competition Policy*, 2007, May 2007. at 22. 第22页,由此而引发的争论产生了深远的效果,那就是反垄断的思辨重心,从“无过错责任”和“本身违法”的原则,向“理性原则”和“以效果为依据”的分析原则的转变。(“The resulting debate has had the broad effect of shifting antitrust’s intellectual center of gravity from no-fault liability and per se illegality to rule of reason, ‘effect-based’ analysis.”)

部分甚至完全废除反垄断法的同时^①，越来越多的国家和地区

① 参见 Cato Institute. ; Crane, Edward H. and Boaz, David. *Cato Handbook for Congress : Policy Recommendations for the 106th Congress*. Washington, D. C. : Cato Institute, 1999. Prepared by Thomas J. DiLorenzo. 国会应该[1]废除1890年的谢尔曼法,尤其是第2条,并限制联邦贸易委员会对定义不清的“不正当竞争”行为进行打击的权力;[2]废除1914年的克雷顿法,尤其是第2和第7条;[3]废除1936年的罗宾森·帕特曼法案。(“39. Antitrust[:] Congress should [1] repeal the Sherman Antitrust Act of 1890, especially section 2, and eliminate the Federal Trade Commission’s power to act against ill-defined ‘unfair competition’; [2] repeal the Clayton Act of 1914, especially sections 2 and 7; and [3] repeal the Robinson-Patman Act of 1936.”) See Greenspan, Alan. *Ayn Rand, Capitalism: The Unknown Ideal*. Signet, 1986. 这个国家的反垄断条文的整个结构,是经济冲动和无知的大杂烩。它是以下两者的产物:(a)对历史的完全误解,和(b)相当幼稚且肯定是不切实际的经济理论。(“The entire structure of antitrust statutes in this country is a jumble of economic irrationality and ignorance. It is the product: (a) of a gross misinterpretation of history, and (b) of rather naive, and certainly unrealistic, economic theories.”) See Friedman, Milton. “The Risky Road to Regulation.” *National Post*, 1999, Section C. “多年来,我对反垄断法的认识发生了重大的变化。我刚入行的时候,作为一个竞争的支持者,我非常支持反垄断法,我认为政府能够通过实施反垄断法来推动竞争。但多年的观察告诉我,反垄断法的实施并没有推动竞争,反而抑制了竞争,因为官僚总舍不得放弃调控大权。我得出结论,反垄断法的害处远远大于好处,所以最好干脆废除它。”(“When I started in this business, as a believer in competition, I was a great supporter of antitrust laws; I thought enforcing them was one of the few desirable things the government could do to promote more competition. But as I watched what actually happened, I saw that, instead of promoting competition, antitrust laws tended to do exactly the opposite, because they tended, like so many government activities, to be taken over by the people they were supposed to regulate and control. And so,

开始实施反垄断法或相似的反垄断政策^①；(2) 识别反竞争行为的自信心层面：在经济学家和法学家越来越提倡采用“理性原则”时，根据“本身原则”来执法的情况也还是到处可见；(3) 逻辑一致性层面：即使在同一套法律^②或同一份反垄断案件的法

over time, I have gradually come to the conclusion that antitrust laws do far more harm than good, and that we would be better off if we didn't have them at all, if we could get rid of them.”) See Posner, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 第 260 页, 建议中的任何一条措施(为了简单起见, 我会强调废除除了谢尔曼法第 1 条外的其他任何条款), 都可以降低社会成本, 而这些社会成本是由那些多余、含混、不扎实和自相矛盾的关于法律责任的言论造成的。[at 260, “Any of the suggested approaches (I'll focus for simplicity on the repeal of everything but section 1 of the Sherman Act) would reduce the social costs imposed by redundant, ambiguous, unsound, and contradictory statements of legal duty.”]

① 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill. : Section of Antitrust Law ABA, 2007. 第 1259 页, 自 1990 年以来, 有几十个国家颁布了带有反卡特尔条款的竞争法规。今天, 超过 100 个司法辖区颁布了反卡特尔的法律, 用以打击危害最大的勾结形式, 包括价格锁定、串通投标和分割市场等行为。(at 1259, “Since 1990, dozens of countries have enacted competition statutes with anti-cartel provisions. Today, a total of more than 100 jurisdictions have enacted anti-cartel legislation to curb the most pernicious forms of collusion such as price fixing, bid rigging, and market allocation.”)

② 参见中国《反垄断法》第 13、14 和 15 条。

庭判决^①内,仍然常常找到自相矛盾或含糊不清的论据,即所谓的“反垄断双语”(antitrust double talk)。

本文关注的是,反垄断实践如何利用经济学成果来调解上述冲突。确切地说,是如何对反垄断司法作牵一发而动全身的改进,使上述冲突能在诉讼和抗辩过程中自发地得到解决。为此,本文将以横向协议为例,依次论述:(1)所有涉及“横向协议”的反垄断罪名,均归结为同一套简单的经济信念;(2)这套信念往往不适用,一方面是因为它的某些部分与经济学逻辑不符,另一方面是因为它的某些前提与现实不符;(3)反垄断司法上的“理性原则”的含义仍相当模糊;(4)所以应该对“理性原则”作改进,使之确切地规定,原告负有特定的举证责任,即证明其指控所依据的经济学理论基础不仅逻辑自洽(logically coherent)且与经验相关(empirically relevant),从而使反垄断实践的谨慎程度,与目前经济学识别反竞争行为的能力保持一致。

二、反垄断的法律

横向协议是最令人瞩目的反垄断现象。为了识别和纠正那些有害的横向协议,反垄断领域曾经涌现过大量的政策法规,涉及横向勾结(horizontal collusion)、价格锁定(price fixing)、横向兼并和收购(horizontal merger and acquisition)、市

^① 参见 *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U. S. 294 (1962)。

场支配地位 (market power) 和市场划定 (definition of market) 等众多方面。通过逐一审查这些政策法规,我们将看到它们毫无例外地与“大的往往就是恶的”这一简单的经济信念紧密联系着;而我们将看到,这一信念并未得到经济学的支持。

(一) 合约性勾结——价格锁定

价格锁定是横向限制 (horizontal restraints) 的主要形式。价格锁定的协议,总是存在于两个或两个独立的企业之间。换句话说,如果价格锁定的现象只涉及一个企业,那么它就不属于反垄断法管辖的范围^①。而且,“协议”既有可能是明的,更有可能是暗的,所以要确认“协议”,就必然牵涉相当繁冗的过程^②。更重要的是,假如涉案企业均为受价者 (price taker),那

① 参见 *United States v. General Electric Company et al.*, 272 U. S. 476; 47 S. Ct. 192; 71 L. Ed. 362; 1926. 案中那些执行“零售价下限”的所谓零售商,被证明是通用电气公司的真正代理 (bona fide agents),而非独立营运的企业。这样,也就不存在企业之间的协定或共谋,所以被告无罪。

② 参见 Areeda, Phillip. *Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases*. Boston: Little, Brown, 1981. at 202, 2C. 230, 第 202 页,同一个地区的每个地产经纪都收 6% 的佣金。不管卖一幢房子花了一个礼拜还是几个月,佣金都不变。这会是独立的行为吗? 要证明存在限制贸易的阴谋,常常遇到一个困难,就是要从被告人的行为中推断某种合约的存在。(“Every realtor in an area charges a 6 percent commission. The commission is invariant whether it takes a week or several months to sell a house. Could this be independent behavior? Proving a conspiracy in restraint of trade often involves the usual difficulties of inferring the existence of an agreement from defendants' behavior.”)

么貌似由于勾结而产生的价格现象,其实是由于它们被动地受制于相同的供求力量所导致的。

但我们这里只关注价格锁定行为的待遇。赤裸裸的价格锁定协议当然是“本身违法”的。但本身原则的适用面其实更广。早在1927年的 *United States v. Trenton Potteries Co.* 案中,法庭就已经自信地认为,即使不去深究最终用户支付的价格是否相同,只要存在价格锁定的约定,就可以断定它给社会带来了伤害^①。而在另外一个案子里,互相竞争的批发商制定相同的优惠条款,也被法庭按照本身原则判处违法^②。

法庭对价格锁定采用本身原则处理的立场,直到1979年的 *Broadcast Music Inc. v. CBS* ^③ 案才得到扭转。案中的BMI拥有大量作曲家的音乐版权。它向用户收取自助餐式的划一收费,让用户无限次地随意播放任何作品,而不是按次按首收费。这就是一种价格锁定——任何作家的任何作品都被标上了划一价格。然而,法官却以它能节省大量交易费用为由,判决该行为合法。该判决被普遍视作反垄断实践从“本身原则”向“理性原则”过渡的里程碑,因为虽然节省交易费用的原则未必能够适用其他案子,但既然法庭已经开了先例,确认横向

① 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill. : Section of Antitrust Law ABA, 2007. at 81, n. 436, citing 273 U. S. 392 (1927).

② 参见 Ibid. , at 82, n. 444, citing 446 U. S. 643 (1980).

③ 参见 Ibid. , at 91, n. 513, citing 441 U. S. 1 (1979).

协定可能促进竞争,那么其他案子也就同样可以靠罗列促进竞争的证据来抗辩^①。

然而,需要指出的是,尽管该案打开了让“效益考虑”进入司法过程的缺口,但价格锁定本身还是被认作是反竞争的。不同的只是,人们由此意识到,价格锁定带来的某些好处,可能足以弥补它造成的伤害而已。

(二)结构性勾结——兼并和收购

美国反垄断政策对兼并和收购的管制涉及两个不同但相关的忧虑。一是担心兼并或收购后企业的市场份额过高;二是担心相同的人在互相竞争的机构担任较高的行政职位,致使这些机构得以协调市场行动^②。与价格锁定协议不同的是,兼并和收购是通过结构重组,把多家企业置于同一个架构下管理,从而使针对企业间价格锁定协议的法律失效。

在美国,对兼并和收购的管制的反垄断条例,最初来自谢尔曼法(Sherman Act)的第一条和第二条。但是,现在大部分法规的渊源,则来自克雷顿法(Clayton Act)的第七条^③。

在1982年和1992年,美国联邦贸易委员会(FTC)和司法

① 参见 Ibid. , at 92, n. 519, citing *United States v. Brown University*, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).

② 参见 Ibid. at 325.

③ 参见 15 U. S. C. § 18. Also see Farrell, Joseph and Shapiro, Carl. “Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis.” *The American Economic Review*, 1990, 80(1), pp. 107 - 26.

部(DOJ)两次联合发布了《横向合并指南》^①。该指南给出了判断是否需要为一项横向兼并行为提出控诉的五个步骤：(1)评估兼并行为是否显著提高了市场集中程度；(2)评估兼并行为是否会引致反竞争效果；(3)评估新的进入者是否足够容易进入市场；(4)评估兼并带来的促进竞争的效果是否非要通过兼并才能达到；(5)评估假如兼并行为得不到批准，是否就有一方可能要倒闭并退出市场。

新版《指南》认为：“整个过程，包括评估市场集中程度、潜在的反竞争效果、新进入者、效率和破产可能等，是一套工具，它让反垄断执行机构得以回答合并分析的最终问题，即合并会不会提高企业的市场支配地位，或让人更方便地行使其市场支配地位^②。”换言之，这套《指南》关心的是通过合并做大的企业，是否具有单方面减少产量和提高价格的能力。

(三)测量技术——市场划定

显然，假如不能确切地划定“市场”的范围，那么“市场支配地位”的概念就是空中楼阁。美国的法院一早就知道，反垄断政策的核心问题是“市场支配地位”，而讨论“市场支配地位”的前提条件则是“市场划定”(Market Definition)。最高法院在1946年的一个判决中承认：“确定相关市场，是证实违反

① 参见 COMM' N, U. S. DEP' T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE. "Horizontal Merger Guidelines". 1992.

② 参见 Ibid.

克雷顿法的必要条件……”^①在这一点上，法院是正确的——如何划定市场，的确是进行实施反垄断政策的必要技术。那么，反垄断实践者从经济学那里得到了什么呢？

第一，市场划定的思路，来自经济学中的“交叉需求弹性系数”（cross-elasticity of demand）概念。这个概念刻画的是市场对产品 X 的需求量因产品 Y 的价格变动而变动的敏感程度。美国律师协会（American Bar Association）出版的一本标准手册是这样解释这一指标的^②：

“交叉需求弹性系数的数值高，就表明该产品是一种好的替代品，那么它就很可能处于相同的产品市场之中。虽然在经济学中该系数具有数学上的精确含义，但在法庭上，它往往在更一般的、非定量的场合，被用来表示一种产品的涨价在短期内对另一种产品的需求的刺激作用。实际上，法庭常常把这个指标当作“合理的替代用途”的同义词来用，而不把它看作定量的指标。”

第二，市场集中程度则通常由“市场集中率”，或由所谓的“赫芬达尔—赫希曼指数（Herfindahl-Hirschman Index，即

① 参见 *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 U. S. 293, 299, n. 5.

② 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill. : Section of Antitrust Law ABA, 2007. at 563.

HHI)”来衡量^①。前者是市场占有率除以产业总量之商,后者是产业内部各个企业的市场占有率的平方和^②。在1982年出版的《合并指南》把HHI指定为衡量市场集中程度的主要依据后,至今这个指标仍被广泛采纳。

第三,市场是否划定得恰当,现在常通过“假定性垄断测试”(Hypothetical Monopolist Test)来判断。根据1992年的《合并指南》,“市场的定义是,它是一种产品或一组产品,或是它们生产或销售的所在地理区域,它的范围则取决于这样一种测试,即假想一个追求利润最大化的企业,在不受价格管制约束的情况下,它很可能是该地区这些商品在目前和未来的唯一的销售商,那么在假设所有其他商品的销售条款保持不变的情况下,看看这个企业是否有能力实施‘少量但显著且非暂时’(small but significant and nontransitory)的提价。”

也就是说,目前这种通行的界定市场范围的方式,采用了反推的思维方式。主张这种界定方式的人认为:既然垄断者在其市场范围内是有能力实施“少量但显著且非暂时”的提价而不至于吓跑顾客和减少利润,那么如果通过测试发现一个垄断

① 参见 COMM' N, U. S. DEP' T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE. "Horizontal Merger Guidelines," 1992. at § 1.4, 市场份额既可以是按美元金额,也可以是按实物数量来度量的销售、发货或生产的情况。(Market shares can be expressed either in dollar terms through measurement of sales, shipments, or production, or in physical terms through measurement of sales, shipment, production, capacity, or reverses.)

② 参见 Ibid.

者确实能够这样做时,那个在测试时界定的市场范围,就是划得恰如其分的。反过来,如果市场范围划得过大,那么垄断者一旦实施“少量但显著并非暂时”的提价,顾客就会转向这个市场内的其他供应商,从而使得垄断者的提价难以为继,这便间接地表明,在测试时界定的市场范围是过大的(因为它包罗了其他市场的供应者),因此需要重新划分。

(四) 专利池

知识产权一直被视作反垄断的特殊领域,但其特殊性其实已被大大冲淡。开始人们认为,知识产权是政府通过专利(patent)、版权(copyrights)、商业秘密(trade secret)和商标(trademark)等方式授予的由行政力量保护的垄断力,这与同样是由政府行政力量实施的反垄断政策应该有所抵触。如果真是这样,那么知识产权在反垄断政策的实践中,就应该遵循一些特别制定的措施,以便调和两种行政力量的冲突。

这种忧虑在美国已经显得次要。原因有两个。一、法庭明确认定,政府对知识产权所授予的垄断力本身是合法的,追求和积累这种垄断力也是合法的^①。二、早在1973年,博曼(Ward Simon Bowman)就明确论述,知识产权的垄断力,不会

^① 参见 Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill. : Section of Antitrust Law ABA, 2007, at 1083, citing the Supreme Court that “mere accumulation of patents, no matter how many, is not in and of itself illegal.”

由于在生产过程中与其他产品的整合,扩展到那些产品上去^①。这两点认识经过几十年的洗礼,已经基本成为共识,并体现到美国司法部(DOJ)和美国联邦贸易委员会(FTC)在1995年联合发布的《发布知识产权许可的反垄断指南》(下简称《知识产权指南》)中了^②：

“(a)从反垄断分析的角度看,政府认为知识产权与其他任何形式的产权在本质上是可比的;(b)政府不假定知识产权可以创造反垄断意义上的市场支配地位;和(c)发放知识产权的许可,会促使厂商把知识产权和其他辅助性要素相结合,政府认可这样的做法,并认为这种做法是普遍地有助于竞争的。”

然而,在这个一般性的共识之外,一些经济学家还是创建出一些理论模型,认为某些涉及专利使用的商业行为应该引起反垄断关注。最典型的的就是专利池(Patent Pooling)的做法。

① 参见 Bowman, Ward Simon. *Patent and Antitrust Law; a Legal and Economic Appraisal*. Chicago: University of Chicago Press, 1973. 第 ix 页, “反垄断和专利的冲突,正如法庭所说的那种冲突,很大程度上是虚幻的。这个虚幻的概念,建立在一个根深蒂固的错误观念上,即合法的垄断——专利——可能会被用来撬动非专利物品的垄断。”(at ix, that “the antitrust / patent conflict, as courts have assessed it, is to a large extent illusory. It is based on a long accepted but mistaken notion that a legal monopoly, a patent, may be used as a lever to monopolize the unpatented.”)

② 参见 COMM’N, U. S. DEP’T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE. “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property,” 1995, at § 2.0.

所谓专利池,就是若干分别持有不同专利的厂商,把他们的专利都拿出来,约定互相发放使用许可的行为。

在今天专利数目飞涨,专利冲突不断,诉讼费用高昂的情况下,专利池的安排广受采用。在 1995 年的《知识产权指南》中,这一做法部分得到认可,部分受到质疑。该指南认为,只有当厂商把互相冲突的专利(如果使用了甲专利就必然侵犯了乙专利,那么甲乙两专利就是冲突的)放入专利池中,专利池才是促进竞争的;如果厂商把互相替代的专利(如果使用了甲专利就基本或完全无需使用乙专利,那么甲乙两专利就是弱冲突甚至是互补的)放入专利池中,那么专利池就有可能是用来遮掩“价格锁定协议”的幌子,那就应该引起反垄断关注。这是说,在企业行使知识产权的领域,也仍然存在识别“价格锁定协议”的传统问题。

(五)逆向偿付

逆向偿付(Reverse Payment)是出现在知识产权领域的另一个新的反垄断课题,主要涉及药物生产行业。有关的案件始于 1984 年美国为了鼓励原料药(generic drug)的生产而实施的《药品价格竞争及专利回复法法案》(Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act,也称为 Hatch-Waxman Act)。根据该法案,原料药厂商可以申请生产仍受专利保护的药物。申请会很快批准,除非专利持有人抗议。若有抗议,那么在抗议提出后的 30 个月内,原料药商和专利药商之间就有可能引发专利纠纷。若通过和解的方式来解决纠纷,那么专利药商就

既可能会给原料药商一笔偿付,也可能答应缩短其专利期限,即让原料药商在专利到期前进入市场,与专利药商分别提供成分相同的药物。

引起反垄断关注的是付款的方向:偿付是从专利药商到原料药商的,即“逆向偿付”。一般认为,专利药商坐享垄断利润,要比在与原料药商竞争时的大,所以专利药商可能在较大的垄断利润中拿出一部分,通过庭外和解专利纠纷的机会,收买原料药商,让他们推迟进入市场^①。显而易见,“逆向偿付”虽然是药物专利领域的新生商业行为,其实质仍然是与其他传统的横向协议引起的反垄断关注是一致的,即横向竞争的厂商试图通过勾结来减少竞争企业的有效数目。

(六)小结

历数横向协议的五个核心概念,即价格锁定、收购和兼并、提高市场集中率和增加市场支配地位、专利池和逆向偿付,其隐含的反垄断思路高度一致,可概括如下:

市场必须是可分割和相对孤立的,因此“市场上的企业个数”和“市场集中率”这两个反垄断诉讼的核心指标才有意义。在可分割和相对孤立的市场中,不管通过何种方式(价格锁定协议、合并、收购、专利池或逆向偿付),随着企业实际数目的减少,市场集中率就会提高。这时,仍然生存的企业,就不仅可

^① 参见 Shapiro, Carl. “Antitrust Limits to Patent Settlements.” *RAND Journal of Economics*, 2003, 34(2), pp. 391-411.

以而且定会更随心所欲地协调其商业行为。这种企业间协调商业行为的能力,也称为市场支配地位。企业在行使市场支配地位的过程中,必然提高价格、减少产量、扼杀创新、排斥新的进入者,并伤害消费者的福利。

三、反垄断的经济学

究竟有没有“反垄断经济学”,经济学家的看法有天壤之别。康奈尔大学反垄断专家黑(George A. Hay)的答案是肯定的:“我们也要指出,经济学对关于合并的法律和政策的最重要的贡献是最本质的。经济学通过解释合并的福利效益,为合并政策提供了一套理念;经济学通过解释合并的成本和效益,为合并的实施指明了目标;”^①而“由于任何横向合并都会减少提供商品或服务的独立竞争者的数目,所以横向合并不仅引起了特别的关注,而且一直都比其他类型的合并受到更严密的审查。垄断的经济后果是众所周知的,即价格上升和产量下降。”^②

加州大学的产业理论专家,也是“法与经济学”的创始人

① 参见 Hay, George A. and Werden, Gregory. “Horizontal Mergers: Law, Policy, and Economics.” *American Economics Review*, 1993, *Papers & Proceedings* 83, pp. 173 - 77.

② 参见 Hay, George A.. “Horizontal Mergers,” M. M. John Eatwell, Peter Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. London: Macmillan, 1987.

之一，德姆塞茨(Harold Demsetz)则断然否定反垄断法的存在。他在1968年写道：“我们根本就没有掌握这样的理论，能让我们根据某个特定的市场中的可观察的集中程度，来推断其价格和产量是否具有竞争性。”^①德姆塞茨在1991年重申：“在我们对竞争的理解中，还没有出现与反托拉斯相关的内容。”^②

孰是孰非，我们来看经济学究竟说了什么。

(一) 觅价模型

横向协议的反竞争效果，是完全从经济学中古老而简陋的觅价模型(Price Searching Model)推演而来的。首先，经济学将供应商一分为二，一种叫受价者(price taker)，其特点是，他们无论如何改变供应量，都无法影响市场价格；另一种叫觅价者(price searcher)，其特点是，他们选择的供应量可影响市场价格。在经济学中，任何觅价者都是不同程度的垄断者。

觅价模型中假定，觅价者只用一个划一的价格来出售他所能出售的所有商品。为了增加销量，觅价者必须降价。然而，降价虽然能够多卖出一些商品，但基于“划一价”的假定，觅价者不仅要降低多卖出的那部分商品的价格，还必须降低在较高价格上本来能够卖出的那部分商品的价格，这样就会降低他在

① 参见 Demsetz, Harold. “Why Regulate Utilities?” *Journal of Law and Economics*, 1968, 11(1), pp. 55 – 65.

② 参见 _____. *100 Years of Antitrust : Should We Celebrate?* Arlington, Va. : George Mason University School of Law, Law and Economics Center, 1991.

较高价上原本能够取得的收入。此消彼长，对觅价者而言，只有一个划一的价格，才能使他取得最大的收入。任何高于或低于这个使收入最大化的价格，都会令觅价者吃亏。经济学对觅价者（垄断者）的全部谴责，就是觅价者为了取得最大收入，刻意把产量限制在“市场出清价格”等于“收入最大化价格”的水平上，而没有充分利用其生产能力，把产量进一步扩大，使“市场出清价格”等于“生产的边际成本”的水平，结果造成了社会资源的错配和消费者福利的损失。

这个模型本身是优雅的，即自洽或无懈可击。问题是，只有维持“划一价”的假定，结果才是那样。然而，现实中的觅价者却总是对顾客作这样或那样的区别定价（price discrimination）的。“多买多送”、“精装平装”、“家庭套餐”、“高峰期价格”、“会员卡”、“优惠券”、“节日特卖”等俯拾皆是。的定价现象，全都包含了区别定价的成分。一旦允许企业进行区别定价，即一旦取消“划一价”的假定，觅价者就必然增产，直到“市场出清价格”等于“生产的边际成本”为止。结果，社会资源错配和消费者福利的损失就不复存在，经济学对觅价者（垄断者）的全部谴责就不再成立。

当然，导致资源错配和消费者福利的原因还很多。例如，行业准入限制无疑扶持了垄断，但那是政府干预的问题；企业的公有制无疑降低了生产效率，但那是所有制问题，是委托人和代理人关系没理顺的问题；流动性强的产品（如软件）无疑不如流动性弱的服务（看病或理发）那么容易实施区别定价，

但那是行业本身固有的交易费用问题。这些问题的存在,都不能证明或帮助证明觅价者(垄断企业)本身与资源错配和消费者福利的损失有必然关系。支持这一必然关系的只有觅价模型,而觅价模型有效的前提条件,是严格的“划一价”假设,而这个假定在真实世界中是极其罕见的。

(二)古诺模型

古诺模型(Cournot Model)是研究寡头以控制产量为策略相互竞争的模型,它的政策含义非常清晰:企业的市场集中程度增加,就会导致总产量减少和价格上升^①。

我们分别考察这个模型的自洽性和实在性。该模型假设,市场上有两个销售同质产品的寡头,各寡头总是采用某个划一价来销售它的全部产品。由于没有采取区别性定价,各寡头都不能满足市场的全部需要,于是总是给对方留下一些需求空间。接着,各寡头都在假定对方不改变产量的条件下,根据对方给自己留下的尚未得到满足的需求空间,确定使自己收入最大化的产量和价格。由于模型假定,任何一方只要价格比对方高,它的产品就一件也卖不出去,所以各个寡头都不能离开这个博弈过程,而只能奉陪到底,反复增产和降价,直到双方都达到同一个均衡的价格为止。该模型的结论是,供应者数目越多,市场价格就越低,产量就越大,消费者得到满足也越大。

① 参见 Hay, George A. and Werden, Gregory. "Horizontal Mergers: Law, Policy, and Economics." *American Economics Review*, 1993, *Papers & Proceedings* 83, pp. 173 - 77.

这个模型本身当然也是优雅的，即自洽或无懈可击。问题是，它的一系列前提都必须先在现实中得到满足，才可能观察到它所预测的结果。

首先，无论产量多大，各个企业的边际生产成本都必须一样而且在博弈前后保持相等。这当然是不符合实际的。经济学家一再指出，大规模的生产，有可能降低边际生产成本^①。而更具讽刺意味的是，要是各个企业的边际生产成本真的与产量无关，那么恰恰是让一家而不是众多企业负责整个社会的供应才是最优的，因为那样反而节省了无数家企业分别投入的固定成本。

其次，该模型假定市场是高度集中且即时出清的。换言之，整个市场的买卖，都仿佛由一个集中的拍卖者主持，并在一刹那完成。只有这样假定，才能得出高价卖主无法出售任何商品的约束。这假定显然也不符合实际。在真实社会中，厂商有进入市场的先后之分，有占据市场位置的优劣之分，而只要存在这些差异，先进入市场或占据更好位置的厂商，就能在较高价位上出售其产品，就无需奉陪古诺博弈。如果是这样，关于企业个数与市场价格和产量之间的必然关系就不成立。换言之，在企业进入有先后和企业可以实施区别定价的条件下，我

① 参见 Williamson, Oliver E. . "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs." *The American Economic Review*, 1968, 58(1), pp. 18 - 36. Also see Bork, Robert H. . *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978.

们既可以观察到企业个数多但价格仍然较高的情形，也可以观察到企业个数少但价格较低的情形。

再有，寡头的策略反应很古怪。一方面，古诺模型假定寡头之间没有任何勾结，所以才有它们被迫把产量增加到无利可图的地步的结论。但另一方面，寡头之间对于对方的策略却始终保持高度的认知。麦基(John S. McGee)诙谐地写道：“竞争者在任何时候都知道自己的成本函数，社会总需求，其对手的产量，还有市场价格。简言之，他知道现状。但是，除了到达均衡的那一刻以外，他对未来的认识却错得厉害。他从来不会学习，从来不懂改进。^①”更讽刺的是，当市场是异质的时候，即在“统一及即时出清市场假定”不成立的情况下，如果哪个竞争者计算错误，仍站在有利可图但并非均衡的价格上，那么他的收入就反而会更高。

严格地说，古诺模型的每项假设，在真实世界里都是可能的，但可能性都很低，而要同时都满足，可能性就更低了。低到什么程度？我们不妨倒过来看，这些假设如果都成立了，那么我们就应该看到，竞争者们会争相反复拆分自我，以求自己分裂后的众多个体，能在市场上联合起来占据更大市场份额。显然，我们至今没有见过寡头争相分裂的奇观。

① 参见 McGee, John S. . “ ‘ Competition ’ And the Number of Firms : Economic Theory , ” *In Defense of Industrial Concentration*. Praeger Publisher Inc. , New York , 1971.

(三) 市场划定不可能

在反垄断实践中,前面讨论过的第一种关于市场划定的概念,即“交叉需求弹性系数”,连法庭都承认,它们只是把它当作非定量的形容词来使用。为什么不能把它作为定量概念使用呢?因为除了全知全能的上帝,谁也做不到。

要明白,真实世界里需求弹性的数值,是一切经济变动的缩影。真能确切地知道这个数值,就无异于掌握了经济的过去和未来。波斯纳指出:“假如我们知道一群卖主提价后会发生什么情况的话,再去问这群卖主是否构成经济上有意义的市场就是多余的了。换言之,如果我们知道其他卖主面对的需求弹性,我们就几乎什么都知道了。”^①遗憾的是,关于合并的反垄断实践,却武断地假定这个数值是可知的。

第二个概念,即“市场集中率”(HHI),也是一个根本不具备严肃意义的文字游戏。任何学过算术的人,都能明白其中的把戏,而连美国法庭也坦白道:“显然,原告把市场划定得越窄,就越容易表明在相关市场上所具有的垄断力。”^②

第三项划定市场的判别技术,即“假定性垄断测试”,也是经济学原理的误用。我们已经在关于觅价模型的讨论中指出,即使对垄断者(觅价者)来说,如果只收取划一的价格,那么能

① 参见 Posner, Richard A.. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001, at 147.

② 参见 *Belfiore v. New York Times Co.*, 654 F. Supp. 842, 846 (D. Conn. 1986).

令其收入达到最大化的价位就只有一个。任何高于或低于这个价格的方案,都会使它减少收入。

要知道,企业经理手上并没有一张需求曲线的表格。使利润最大化的定价方案,是在不断的摸索和试错中找到的。更重要的是,即使找到了,企业经理也并不知道已经找到。在真实世界中的竞争者,唯一知道的竞争结果,要么是他们存活了,要么是他们破产了^①。因此,总在摸索最佳定价方案的企业,如果在利润还有上升余地的时候,接受了反垄断调查机构做的“假定性垄断测试”,那么它就有可能被判定为垄断;否则,就不会被判定为垄断。问题是,不管企业经理还是反垄断调查者,都不可能知道企业是否已经达到利润的顶峰。因此,用“假定性垄断测试”来划定市场和识别垄断,恰恰是不具备经济学依据的。

(四) 科斯定律的教训

美国反垄断当局在专利池和逆向偿付问题上显示的反垄断关注,本质上是相同的,即担心潜在或现行的市场垄断者(不论是那些掌握了更受欢迎的专利的企业,还是那些仍受专利保护的专利药生产商),会从比竞争收入更高的垄断收入中拨出一部分,通过某种方式(如以专利池为掩护的价格锁定协议,或以逆向偿付为掩护的贿赂和勾结),收买其竞争对手(不

^① 参见 Alchian, Armen A. . “Uncertainty, Evolution, and Economic Theory.” *The Journal of Political Economy*, 1950, 58(3), pp. 211 – 21.

论是那些掌握了较低价值专利的企业，还是那些企图尽早进入市场的原料药商），从而把对手排斥到市场以外，以便独自攫取垄断利润。

假如上述推论成立，那么世界上就应该只剩下一家企业。换言之，要是垄断利润肯定比竞争下的多个企业所创造的利润总和大，那么企业所有者之间就会积极达成协议，共同分享更大的垄断蛋糕，而同时只需要掷骰子来决定谁来操办剩下的垄断企业。这个过程一直发展下去，整个经济体就只会剩下一家企业。但实际上，从来没有发生过这样的事情。为什么？

上述推论的症结，在于错误地假定了垄断利润肯定比竞争利润高，从而误解了企业之间达成“科斯定理意义上的双边偿付”（Coasian side payment，简称“科斯支付”）协议的经济意义。事实上，如果一家企业能够创造比对手的贿赂更高的价值，那么它就是不可贿赂的。同样，如果一家原料药商，有把握成功推翻专利药商拥有的专利，能比专利药商创造更高的价值，那么它也是不可贿赂的。不是说现行的垄断者不想贿赂，而是说新进入者如果预计能够创造更高的价值，那他们就不可能被只能创造较低价值的现行的垄断者买通。竞争下的市场总是充满新的进入者，社会财富总是在无中生有地积聚，原因就在这里。

既然如此，那么企业之间达成协议，让对方免费使用自己的专利，或向挑战者作偿付，即进行所谓的“科斯支付”，就必定有其特殊的意义。不难理解，专利池和逆向偿付最主要的功

能,就是节省交易费用,包括企业间有关专利的中长期估值、讨价还价、拟定合同、纠纷调解和法庭诉讼等资源耗费。

针对逆向偿付,还应该注意到一个对称的情境。设想一下,假如是一家专利药商,发现原料药商已经进行了侵犯专利权的生产和销售活动,那么前者在向后者索偿时,为了减少诉讼成本(律师费和不确定性),决定给现行的侵权者一点优惠,减免部分向侵权者索取的赔偿,那么这种做法是会被认为是合情合理的。

问题是,由于《药品价格竞争及专利回复法法案》的实施,原料药商只是在挑战专利药商,而侵权行为还没有发生,那么专利药商如果同样为了减少诉讼成本,决定给未遂的侵权者一点优惠,这种优惠就必定是通过逆向偿付,或通过自愿缩短专利期、或通过两者并行来实现的。上述两种情境是对称的。只是前者侵权已经发生,后者侵权尚未发生而已。若前者得到反垄断政策的允许,那么后者就不应该受到谴责^①。

(五)小结

有关横向协议的反垄断政策,建立在支离破碎的经济学基础之上。其中一部分经济学基础,虽然是逻辑自洽的,但与真实世界的联系却非常脆弱,觅价模型和古诺模型即属此类。另外一部分经济学基础,则是对经济学基本原理的误用,各种市

^① 参见 Schildkraut, Marc G., “Patent-Splitting Settlement and the Reverse Payment Fallacy.” *Antitrust Law Journal*, 2004, 71 (Winter), at 1048.

场划定技术,以及对专利池与逆向偿付的质疑和谴责,均属此类。

四、司法程序的改进

经过一百多年的实践,美国判例展现出来的趋势表明,没有哪种商业行为是肯定有害因而可以把握十足地根据“本身原则”来识别的^①。然而,向“理性原则”过渡,即试图通过对一种商业行为的社会效果做综合的考察,也并不能解决问题。原因是,反垄断诉讼中的不同角色,对所谓的社会效果,会有截然不同的看法,而反垄断法的目标本来就是多元的。

波斯纳法官写道:“谢尔曼法的立法者对‘托拉斯’问题感到忧虑,但他们所认定的问题不仅模糊不清,而且是自相矛盾的。他们似乎担心低价会对与托拉斯竞争的小企业造成伤害,也担心歧视性定价的问题(如铁路对洛克菲勒的标准石油公司提供的回馈,会置其他与托拉斯竞争的小企业于不利的位置);但他们还担心高价对消费者造成的伤害。然而,他们对高价的忧虑,主要是认为垄断性定价会造成财富分配不公,而

^① 这里讨论的只是反垄断法涉及的商业行为。乔治·梅森大学经济学教授博祖(Don Boudreaux)讲过一段故事。他在出席一个研讨会时,一位法学教授告诉他:“掠夺性定价肯定是有害的,俄亥俄州一家从事掠夺性定价的工厂,竟然派人放火烧了竞争对手的仓库!”博祖不得不提醒这位教授:“在反垄断法实施前很久,纵火就已经列入刑事犯罪的范畴了。”

不是担心垄断性定价会影响资源的有效配置和利用。既要保护竞争者免受低价的伤害,又要保证消费者免受高价的伤害,这是两个在大部分情况下都不相容的政策目标。”^①

同时,司法是会出错的^②。错误分两类:其一称为假阳性错误(false positive,概率论中的第一类错误),即把本来是促进竞争的行为错判为反垄断违法;其二成为假阴性错误(false negative,概率论中的第二类错误),即把本来具有反竞争效果的行为错判为合法。

反垄断学者兼联邦法官伊斯特布鲁克(F. H. Easterbrook)分析了两种错误的不同后果。他解释,法庭即使犯了假阴性错误,即放过了有害的商业行为,市场力量也很容易纠正这种错误;但如果法庭犯了假阳性错误,即错杀了无害的商业行为,则会对社会造成持久的伤害。

伊斯特布鲁克法官写道:“我们假设每个法庭犯假阳性错误的概率是1/10。那么如果有10个案件进入独立的司法程序,那么其中至少有一个案子被假阳性错误所累的概率就是65%($0.9^{10} = 0.349$)。由于任何一个联邦法官都可以颁布全国范围的禁令,一次假阳性错误就足以使被控告的行为绝迹。如果假阳性错误的概率是15%,那么10个案件的累计概率就

① 参见 Posner, Richard A.. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001, at 34.

② Good, I. J. and Tullock, Gordon. “Judicial Errors and a Proposal for Reform.” *The Journal of Legal Studies*, 1984, 13(2), pp. 289 - 98.

达到 81%，也就是说对消费者有利的活动就极有可能受到压制。这些数字应该引起极大的焦虑才是。一些大企业——微软只是一例——会因为同一项行为面临十宗以上的独立诉讼。法官的表现可能比这里假设的做得更好一点：假如假阳性错误的概率为 5%，那么 10 个案件中有 1 件错判有罪的概率就‘只有’40%。对不起，可我还是忧虑。出错率不降到 1% 的程度，我的忧虑就不会缓解。我必须告诉你们，我认识的法官们出错的概率常常高于那个程度。包括我在内。^①”

如果本文第一部分的概括属实，即反垄断法关于横向协议的反垄断政策，全都能归结到一套简单的经济学信念；如果本文第二部分属实，即这套经济学信念的经济学基础部分是不现实的，部分是出于误解；如果本文的第三部分属实，即“理性原则”仍然是一套含糊不清和自相冲突的诉讼程序；如果本文第四部分属实，即司法过程会出错，而且假阳性错误会由于法律的强制力放大它对促进竞争的商业行为的抑制，那么我们就应该得出一个结论，即为了慎重起见，为了使反垄断实践的谨慎程度与经济学识别反竞争行为的能力保持一致，反垄断司法的“理性原则”，应该解释为让反垄断的原诉人承担这样的举证责任，即证明其控诉的经济学基础不仅是逻辑自洽的而且是具有现实性的。

① 参见 Easterbrook, Frank H.. “When Does Competition Improve Regulation?” *Emory Law Journal*, 2003, 52, pp. 1297 – 308.

后 记

我感谢阿尔钦 (Armen A. Alchian) 教授十年前让我翻译他当时正在改写的名著《大学经济学》(*University Economics*)。这部著作至今仍未出版,但它的旧版,正是曼尼 (Henry G. Manne) 院长创办的“法与经济学中心”当年为数以百计的法学教授和联邦法官举办培训时使用的指定教材。我也感谢曼尼院长,正是他为本书撰写了提纲挈领和毫不含糊的序言。

我感谢李子暘先生九年前邀请我主持翻译反垄断经济学丛书。虽然这项计划至今仍未完成,但子暘对我的帮助从那时起就从未停顿,而本书则可视作那项计划的前瞻。有志深造的读者应该留意本书的参考文献。

我感谢阿尔钦、张五常和周其仁教授六年前推荐我赴美深造。我感谢何庭波、黄雪涛、苏提 (Frederic Sautet)、马凯特斯与布坎南中心 (Mercatus & James Buchanan Center) 和艾哈德基金 (Earhart Foundation) 的支持。我感谢瓦格纳 (Richard E. Wagner)、博祖 (Donald J. Boudreaux)、怀特 (Joshua. D. Wright)、罗利 (Charles K. Rowley) 和塔洛克 (Gordon Tullock) 等教授的教育。

我感谢《经济观察报》的殷练女士去年连载了本书正文。我感谢郭玉闪、谈坛和周克成等先生给我的纠错和改进意见。我感谢陈青蓝先生提供了翻译指导。我感谢铅笔经济研究社陈斌先生对本书的策划。我感谢法律出版社韩满春先生对本书编辑印行所作的努力和付出的耐心。

薛兆丰

2008 年 8 月 1 日

参考文献

Alchian, A. A. . *University Economics* Oxford University Press, Forthcoming.

Alchian, Armen A. . “Rent”, M. M. John Eatwell, Peter Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, 2000.

_____. “Uncertainty, Evolution, and Economic Theory.” *The Journal of Political Economy*, 1950, 58(3), pp. 211 –21.

Alchian, Armen A. and Demsetz, Harold. “Production, Information Costs, and Economic Organization.” *The American Economic Review*, 1972, 62(5), pp. 777 –95.

Areeda, Phillip. *Antitrust Analysis : Problems, Text, Cases*. Boston: Little, Brown, 1981.

Armentano, Dominick T. . *Antitrust and Monopoly : Anatomy of a Policy Failure*. New York: Holmes & Meier, 1990.

Barnett, Thomas O. . “Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, Issues Statement on European Microsoft Decision ” D. o. J. Antitrust Division, U. S. A. , MONDAY, SEPTEMBER 17, 2007.

Berle, Adolf Augustus and Means, Gardiner C. . *The Modern Corporation and Private Property*. New York: The Macmillan company, 1932.

Berle, Adolf Augustus and Means, Gardiner Coit. *The Modern Corporation and Private Property*. New Brunswick, N. J. , U. S. A. : Transaction Publishers, 1991.

Biddle, Francis. “The Oliver Wendell Holmes Devise Lectures 1960”, *Justice Holmes, Natural Law, and the Supreme Court* (New York: Macmillan, 1961).

Bittlingmayer, George. “Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave?” *Journal of Law and Economics*, 1985, 28(1), pp. 77 – 118.

Bork, Robert H. . *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978.

Boudreaux, Donald J. . “Per Se Rules”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Palgrave Macmillan, 2004.

Bowman, Ward Simon. *Patent and Antitrust Law: a Legal and Economic Appraisal*. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

Case, Judgment of the Court of First Instance in. “The Court of First Instance Essentially Upholds the Commission’s Decision Finding That Microsoft Abused Its Dominant Position”, 17 September 2007.

Cato Institute; Crane, Edward H. and Boaz, David. *Cato Handbook for Congress : Policy Recommendations for the 106th Congress*. Washington, D. C. : Cato Institute, 1999.

Cheung, S. N. S. . *Economic Explanation: Selected Papers of Steven N. S. Cheung*. Arcadia Press Limited, 2005.

_____. “Property Rights and Invention.” *Research in Law and Economics*, 1986, 8.

_____. “Property Rights and Inventions: An Economic Inquiry.” *mineo*, 1977.

_____. “Property Rights in Trade Secrets.” *Economic*

Inquiry, 1982, 20 (1982) [1 (January)], pp. 40 – 53.

Cheung, Steven N. S. . “Private Property Rights and Sharecropping.” *The Journal of Political Economy*, 1968, 76 (6), pp. 1107 – 22.

Coase, R. H. . “Centennial Coase Lecture Delivered at the University of Chicago Law School,” April 1, 2003.

_____. “Director, Aaron”, P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics & Law*. Macmillan, 1998.

_____. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988a.

_____. “Industrial Organization: A Proposal for Research, 1972,” *The Firm, the Market, and the Law*. The University of Chicago Press, 1988b.

_____. “The Nature of the Firm.” *Economica*, 1937, 4 (16), pp. 386 – 405.

COMM’N, U. S. DEP’ T OF JUSTICE & FEDERAL TRADE. “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”, 1995.

_____. “Horizontal Merger Guidelines”, 1992.

Couture, Luc-Andre. “Introduction to Canadian Federal Administrative Law.” *The University of Toronto Law Journal*, 1972, 22(1), pp. 47 – 59.

Demsetz, Harold. *100 Years of Antitrust : Should We Celebrate?* Arlington, Va. : George Mason University School of Law, Law and Economics Center, 1991.

_____. “The Structure of Ownership and the Theory of the Firm.” *Journal of Law and Economics*, 1983, 26(2, Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution), pp. 375 – 90.

_____. “Why Regulate Utilities?” *Journal of Law and*

Economics, 1968, 11(1), pp. 55 – 65.

Director, A. and Levi, E. H. . “Law and the Future: Trade Regulation.” *Northwestern University Law Review*, 1956, 51, pp. 281 – 96.

Easterbrook, Frank H. . “When Does Competition Improve Regulation?” *Emory Law Journal*, 2003, 52, pp. 1297 – 308.

Faith, Roger L. ; Leavens, Donald R. and Tollison, Robert D. . “Antitrust Pork Barrel.” *Journal of Law and Economics*, 1982, 25(2), pp. 329 – 42.

Friedman, Milton. *Capitalism and Freedom: Fortieth Anniversary Edition*. University of Chicago Press, 2002.

_____. “The Risky Road to Regulation.” *National Post*, 1999, Section C.

Gilbert, Richard; Shapiro, Carl; Kaplow, Louis and Gertner, Robert. “Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No’ s Meet the Nineties.” *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, 1997, pp. 283 – 349.

Goetz, Charles J. and McChesney, Fred S. . *Antitrust Law : Interpretation and Implementation*. Charlottesville, VA: Lexis Law Publishing, 1998.

Good, I. J. and Tullock, Gordon. “Judicial Errors and a Proposal for Reform.” *The Journal of Legal Studies*, 1984, 13 (2), pp. 289 – 98.

Greenspan, Alan. *Ayn Rand, Capitalism: The Unknown Ideal*. Signet, 1986.

Harberger, Arnold C. . “Monopoly and Resource Allocation.” *The American Economic Review*, 1954, 44(2, Papers and Proceedings of the Sixty-sixth Annual Meeting of the American Economic Association), pp. 77 – 87.

Hay, George A. . “Horizontal Mergers”, M. M. John Eatwell, Peter Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. London: Macmillan, 1987.

Hay, George A. and Werden, Gregory. “Horizontal Mergers: Law, Policy, and Economics.” *American Economics Review*, 1993, *Papers & Proceedings* 83, pp. 173 – 77.

Holderness, Clifford G. . “Myth of Diffuse Ownership in the United States ” *Review of Financial Studies*, Forthcoming.

Hovenkamp, Herbert. *Antitrust*. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005.

Jacobson, Jonathan M. and American Bar Association. Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments (Sixth)*. Chicago, Ill. : Section of Antitrust Law ABA, 2007.

Katz, Michael L. and Shapiro, Carl. “Network Externalities, Competition, and Compatibility.” *The American Economic Review*, 1985, 75(3), pp. 424 – 40.

Katzmann, Robert A. . *Regulatory Bureaucracy: The Federal Trade Commission and Antitrust Policy*. MIT Press, 1980.

Kitch, Edmund W. . “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932 – 1970.” *Journal of Law and Economics*, 1983, 26(1), pp. 163 – 234.

_____. “The Nature and Function of the Patent System.” *Journal of Law and Economics*, 1977, 20(2), pp. 265 – 90.

Klein, Benjamin. “The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?” *Journal of Economic Perspectives*, 2001, 15(2), pp. 45 – 62.

_____. “Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited.” *Journal of Law, Economics, & Organization*, 1988, 4(1), pp. 199 – 213.

Klein, Benjamin; Crawford, Robert G. and Alchian, Armen A. . “ Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process. ” *Journal of Law and Economics*, 1978, 21(2), pp. 297 – 326.

Leibenstein, Harvey. “ Bandwagon, Snob, and Veblen Effects in the Theory of Consumer’s Demand. ” *Quarterly Journal of Economics*, 1950, 64, pp. 183 – 207.

Liebowitz, S. J. and Margolis, Stephen. “ Network Effects and Externalities”, M. M. J. Eatwell and P. Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, 2000.

Liebowitz, S. J. and Margolis, Stephen E. . “ The Fable of the Keys. ” *Journal of Law and Economics*, 1990, 33(1), pp. 1 – 25.

Lott, John R. Jr. . *Are Predatory Commitments Credible?: Who Should the Courts Believe?* University of Chicago Press, 1999.

Manne, Henry G. . “ How Law and Economics Was Marketed in a Hostile World: A Very Personal History”, F. Parisi and C. K. Rowley, *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. 2005, 309 – 27.

_____. “ An Intellectual History of the George Mason University School of Law. ” Copyright © 1993, *Law and Economics Center*, 1993.

_____. “ Mergers and the Market for Corporate Control. ” *The Journal of Political Economy*, 1965, Vol. 73 (No. 2), pp. 110 – 20.

McChesney, Fred S. . “ Antitrust”, D. R. Henderson, *The Fortune Encyclopaedia of Economics*. New York: Time-Warner Books Inc, 1993.

_____. “ The Role of Economists in Modern Antitrust: An

Overview and Summary.” *Managerial and Decision Economics*, 1996, 17(2, Special Issue: The Role of Economists in Modern Antitrust), pp. 119 – 26.

McChesney, Fred S. and Shughart, William F.. *The Causes and Consequences of Antitrust : The Public-Choice Perspective*. Chicago, Ill. : University of Chicago Press, 1995.

McGee, John S.. “ ‘ Competition ’ And the Number of Firms: Economic Theory,” *In Defense of Industrial Concentration*. Praeger Publisher Inc. , New York, 1971.

_____. “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case.” *Journal of Law and Economics*, 1958, 1, pp. 137 – 69.

O’ BRIEN, KEVIN J. and LOHR, STEVE. “Microsoft Ruling May Bode Ill for Other Companies.” *New York Times*. September 18, 2007.

Posner, R. A.. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown, 1973.

Posner, Richard A.. *Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

Posner, Richard A. and Easterbrook, Frank H.. *Antitrust Cases, Economic Notes, and Other Materials*. St. Paul, Minn. : West Pub. Co. , 1981.

Robinson, Joan. *The Economics of Imperfect Competition*. London: Macmillan and Co. Ltd. , 1933.

Schildkraut, Marc G.. “Patent-Splitting Settlement and the Reverse Payment Fallacy.” *Antitrust Law Journal*, 2004, 71 (Winter).

Schmalensee, Richard. “Thoughts on the Chicago Legacy in U. S. Antitrust.” *eSapience Center for Competition Policy*, 2007, May 2007.

Schumpeter, Joseph Alois. *Capitalism, Socialism, and*

Democracy. New York: Harper, 1942.

_____. *Kapitalismus, Sozialismus Und Demokratie*. Bern: A. Francke, 1950.

Shapiro, Carl. "Antitrust Limits to Patent Settlements." *RAND Journal of Economics*, 2003, 34(2), pp. 391 – 411.

Smith, Adam. *The Wealth of Nations*. The Modern Library, 2000.

Subcommittee on Antitrust and Monopoly, United States Senate Committee on the Judiciary. "Price-Fixing and Bid-Rigging in the Electrical Manufacturing Industry", 1961.

Telser, Lester G.. "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?" *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, pp. 86 – 105.

Tullock, G.. "On the Efficient Organization of Trials." *Kyklos*, 1975, 28, pp. 745 – 62.

Tullock, Gordon. "Juries", P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Palgrave Macmillan, 1998.

_____. "Rent Seeking", M. M. J. Eatwell and P. Newman, *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*. Palgrave Macmillan, 2000.

_____. "The Transitional Gains Trap." *The Bell Journal of Economics*, 1975, 6(2), pp. 671 – 78.

_____. "The Welfare Cost of Tariffs, Monopolies, and Theft." *Western Economic Journal (now Economic Inquiry)*, 1967, 5, pp. 224 – 32.

Weaver, Suzanne. *Decision to Prosecute: Organization and Public Policy in the Antitrust Division*. The MIT Press, 1980.

Whinston, Michael D.. "Exclusivity and Tying in U. S. V. Microsoft: What We Know, and Don't Know." *Journal of Economic Perspective*, Spring 2001, 15(2), pp. 63 – 80.

Williamson, Oliver E.. "Economies as an Antitrust Defense:

The Welfare Tradeoffs. ” *The American Economic Review*, 1968, 58(1), pp. 18 – 36.

Wilson, Bruce. “ Patent and Know-How License Arrangements: Field of Use, Territorial, Price and Quantity Restrictions”. Boston, 1970.

Yandle, Bruce. “Bootleggers and Baptists: The Education of a Regulatory Economist. ” *Regulation*, 1983.

对美国反托拉斯法的批评

谢尔曼法可真荒唐,但如果我的国家要下地狱,我就在此帮它一把。

——O·W·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr.)

多年来,我对反垄断法的认识发生了重大的变化。我刚入行的时候,作为一个竞争的支持者,我非常支持反垄断法,我认为政府能够通过实施反垄断法来推动竞争。但多年的观察告诉我,反垄断法的实施并没有推动竞争,反而抑制了竞争,因为官僚总舍不得放弃调控的大权。我得出结论,反垄断法的害处远远大于好处,所以最好干脆废除它。

——米尔顿·弗里德曼(Milton Friedman)

我被反垄断法烦透了。假如价格涨了,它就说是“垄断性定价”;价格跌了,它就说是“掠夺性定价”;价格不变,它就说是“合谋性定价”……每当经济学家看到他无法解释的现象——这样或那样的商业行为——他就在垄断上找理由。而由于我们在这个领域是非常无知的,所以也就有着大量无法解释的现象,于是在垄断上找理由也就成了家常便饭。

——R·H·科斯(Ronald H. Coase)

现代的反托拉斯政策破败如斯,已经在学术上不配尊重了。其中一部分在法律上不配尊重,而更大部分则在经济学上不配尊重。由于它貌似只有一个目标,而在追求它的过程中却往往适得其反,也由于它过于经常地引发对我们的政府和社会有害的效果,我现在想说,它大部分在政治上也是不配尊重的。

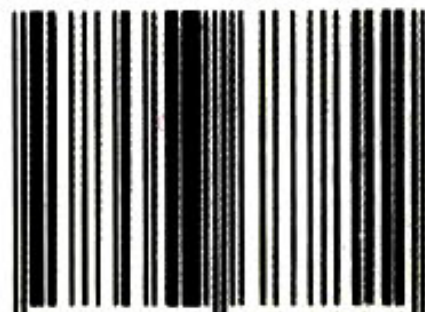
——R·H·博克(Robert H. Bork)

谢尔曼法的立法者对“托拉斯”问题感到忧虑,但他们所认定的问题不仅模糊不清,而且是自相矛盾的。他们似乎担心低价会对与托拉斯竞争的小企业造成伤害,也担心歧视性定价的问题(如铁路对洛克菲勒的标准石油公司提供的回馈,会置其他与托拉斯竞争的小企业于不利的位置);但他们还担心高价对消费者造成的伤害。然而,他们对高价的忧虑,主要是认为垄断性定价会造成财富分配不公,而不是担心垄断性定价会影响资源的有效配置和利用。既要保护竞争者免受低价的伤害,又要保证消费者免受高价的伤害,这是两个在大部分情况下都不相容的政策目标。

——R·A·波斯纳(Richard A. Posner)

Commerce without Frontiers
The Economics Revolution in Antitrust

ISBN 978-7-5036-8782-2



9 787503 687822 >

定价: 20.00元